This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

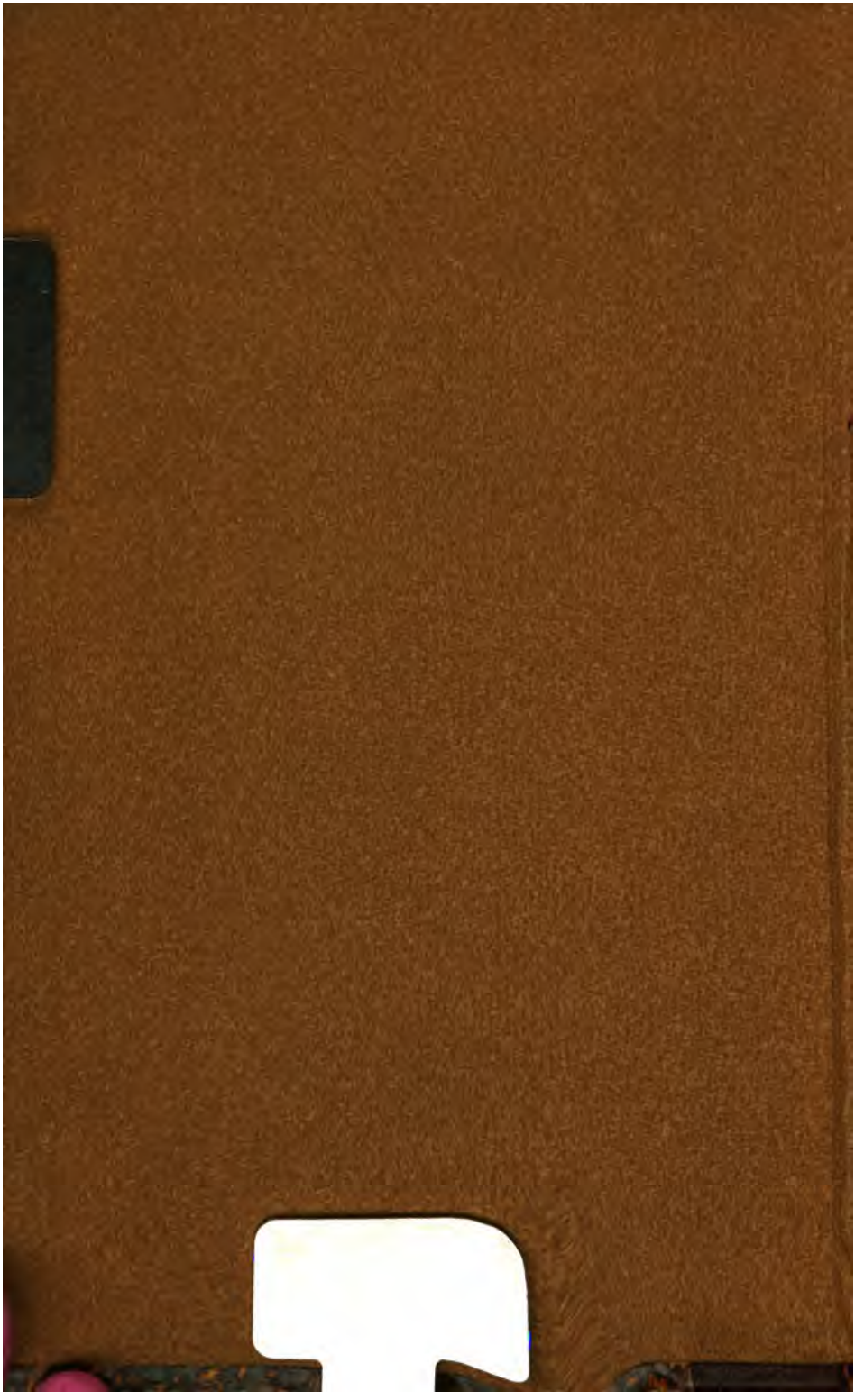
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



EY
LVL
XIq
v.3
pt.1

Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Dritter Teil.

Erſte Abteilung.

EY
LVL
XIq
v.3
pt.1

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Dritter Teil.

Erste Abteilung.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,
weil. Geh. Justizrate u. ordentl. Professor der Rechte zu Göttingen.

Dritter Teil.

Erste Abteilung.

Fünfte unveränderte Auflage.

Leipzig.
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1906.

143176

STANFORD LIBRARY

Inhalt des dritten Teils.

Erster Abschnitt.

Zusammenhang mit dem Früheren.

B. 2. Abt. 2 (§ 37—41).
A. Das Wesen der Technik im allgemeinen.
B. Die Technik des älteren Rechts.
(1) Die Jurisprudenz (§ 42).
(2) Haften des Rechts an der Äußerlichkeit (§ 43—47).
B. 3. Abt. 1.
(3) Die juristische Kunst (§ 48—58).
I. Die Analytik des Rechts.
II. Die juristische Ökonomie.

Die juristische Kunst.

§ 48. Gegensatz des folgenden Abschnittes zum vorhergehenden. — Die spezifisch-juristische Kunst — ihr Anteil an der ursprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter. S. 1—11.

I. Die Analytik des Rechts. § 49—55.

§ 49. Übersicht. S. 11—14.

A. Der Prozeß.

1. Analytischer Mechanismus desselben.

§ 50. Relativ frühe Entwicklung des Prozesses — Anteil des analytischen Gedankens an der Organisation des altrömischen Prozesses — Der Zersetzungszwang des Aktionensystems — Fixierung des Moments der Litis-Kontestation — Idee der prozessualischen Cäsur. S. 15—26.

2. Die Aktionen prozessualische Reagentien.

§ 51. Kasuistische Erläuterung — Unzulässigkeit der Klagenkumulation — Das Gesetz der Scheidung der Klagen — Auffindung desselben auf induktivem Wege — Individualitätsmoment des Eigentums, der Obligation und des Erbrechts — kasuistische Erprobung des Gesetzes. S. 27—48.

3. Die Verteidigung.

§ 52. Älteres und neueres System derselben — Verteidigung in Form der Negation (Formulierung der Klage in jus und in factum) — Spielraum derselben im Vergleich zur Exzeption — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in prozessualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exzeptionszweck) und in prozessualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituierung einer andern Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Verteidigung in Form der Klage — die prozessualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesamturteil über den analytischen Mechanismus des alten Prozesses. S. 48—133.

B. Das Rechtsgeschäft.

53. Korrespondenzverhältnis in der Struktur des Prozesses und Rechtsgeschäfts — Der Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses. — Der Gedanke der Konzentration des Rechtsgeschäfts: Simultaneität des Akts, des Tatbestandes und der Wirkungen (Bedingung und dies). S. 134—178.

C. Die abstrakte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

§ 54. Gegensatz des älteren und neueren Rechts — Zusammengesetzte und einfache Rechtskörper — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nichtobligatorischen Verhältnissen (analytische Komposition der alten reivindicatio) — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse. S. 178—205.

2. Analytische Vereinfachung des Tatbestandes.

§ 55. Vereinfachung des Tatbestandes im Interesse des Beweises — Ausscheidung lösbarer Elemente in Form selbständiger Begriffe und Verhältnisse — die abstrakte Eigentumsübertragung (doppelte Beurteilung desselben Aktes vom Standpunkt des Eigentums und der Obligation aus) — Die abstrakte Obligation (die act. receptitia) —

Der abstrakte Rechtsträger (die juristische Person) — Anwendung des Grundsatzes in den Verhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts — System der politischen Vitiosität — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze S. 206—241.

II. Die juristische Ökonomie.

1. Bestreitung der Bedürfnisse auf einfachem Wege.

§ 56. Das Gesetz der Sparsamkeit — Die Kunst sich zu behelfen — Der einfache und künstliche Weg — Exemplifikation des ersteren an einer Reihe von Beispielen. S. 242—261.

2. Die Schleichwege des Lebens.

§ 57. Die Verwendung der Rechtsverhältnisse im Leben — Mißbrauch der Familienverhältnisse — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beschränkungen. S. 262—276.

3. Die künstlichen Mittel.

§ 58. Die Konstruktionshandlungen — Die Scheingeschäfte — Die coemptio fiduciae causa — Theorie der Scheingeschäfte — Dogmatische Selbständigkeit derselben — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia — Die Fiktionen S. 277—310.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte.

(Korrespondiert dem Abschnitt: allgemeine Charakteristik des Rechtssystems § 23—58).

Der Abschnitt zerfällt in zwei Unterabschnitte:

A. Allgemeine Theorie der Rechte.
B. Die einzelnen Rechte.

Allgemeine Theorie der Rechte.

Die Rechte des älteren Priatrechts.

§ 59. Historischer Charakter der Grundbegriffe des älteren Rechts — ihre Veränderlichkeit — Die wahren Quellen derselben — Überschätzung des logischen Elements im Recht. S. 311—326.

I. Begriff des Rechts.

1. Das substantielle Moment des Rechts.

§ 60. Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts — Das substantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Wert, Interesse — Die praktische Verwirklichung des Rechts: der Genuß. Die verschiedenen Formen des Genusses. Die Dispositionsbefugnis ein Wahlrecht in bezug auf die Genußformen. S. 327—350.

2. Das formale Moment des Rechts.

§ 61. Der Selbstschutz der Interessen oder die Klage — Die Grenze dieses Schutzes — Klagmechanismus und Recht der Destinatäre im Verhältnis der Korporationen und Stiftungen — Rechtsverhältnisse an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs) — Gegensatz des Individual- und Gemeinrechts — Der Besitz und die bonae fidei possessio. S. 351—368.

Vorrede

zur vierten Auflage.

Bei der dritten Auflage des gegenwärtigen Bandes war ich durch äußere Umstände verhindert, denselben einer genaueren Durchsicht zu unterwerfen. Dies ist bei der jetzigen nachgeholt worden. Ein Teil der Arbeit: die Vergleichung und Berichtigung der Quellenzitate ist mir von einem meiner früheren Zuhörer: Herrn Dr. Carl Wilhelm in Graz abgenommen worden, ein anderer: die Revision der Korrekturbogen von einem jüngeren Kollegen: Hern Assessor Dr. Goldschmidt, Privatdozenten bei der hiesigen juristischen Fakultät, und ich benutze diese Gelegenheit, um ihnen dafür öffentlich meinen Dank auszusprechen.

Ich meinerseits habe diesen Band einer genaueren Durchsicht unterzogen. Zu erheblichen Änderungen habe ich keinen Anlaß gefunden, und der Text ist, von bloßen stilistischen Änderungen abgesehen, derselbe geblieben. Nur zweimal habe ich mich genötigt gefunden, ihn umzuarbeiten, einmal S. 329—331 (Bedeutung des Willens für das Recht im subjektiven Sinn) und S. 352 (Möglichkeit der Annahme des Rechts in diesem Sinn auch bei Mangel der Privatklage). Dagegen sind in den Noten einige meines Erachtens nicht unwichtige Zusätze hinzugekommen, in denen ich Ansichten, zu denen ich inzwischen gelangt bin, kurz angedeutet habe. Ich hebe dieselben hier hervor, um diejenigen, für welche dieselben ein Interesse haben sollten, darauf aufmerksam zu machen. Es sind folgende.

Auf S. 102 der Zusammenhang des ältesten Vindikations-

verfahrens mit dem System der Selbsthilfe (B. I § 11—11c). Bekanntlich hatte der Richter bei demselben nicht darüber zu erkennen, wer von beiden Teilen Eigentümer sei, sondern wer von ihnen mit Unrecht vindiziert habe. Darunter versteht die herrschende Ansicht: vor Gericht. Meiner Ansicht nach ist es auf den außergerichtlichen solennen Akt der Geltendmachung des Eigentums durch Eigenmacht zu beziehen, der dem gerichtlichen Akt vorausging, auf ihn weist das »sicut dixi« bei Gaj. IV. 16 hin, hier ward der Grund, auf den beide Teile ihren Eigentumsanspruch stützten, namhaft gemacht. Von der beabsichtigten Vornahme desselben ward der Besitzer durch den Kläger unter Angabe der Zeit im voraus verständigt, danach hieß derselbe vindicatio.*) Beide Parteien stellten sich dann zur bestimmten Zeit ein, indem sie die Zeugen, welche über ihre Eigentumsansprüche auszusagen vermochten (superstites), mitbrachten. Ihre Aussagen konnten in manchen Fällen danach angetan sein, den Streit sofort in der Geburt zu ersticken, dann geschah, was ihnen zufolge zu geschehen hatte: der unterliegende Teil fügte sich. Der technische Ausdruck dafür war cedere re, wie sich aus in jure cessio ergibt. Der Besitzer gab die Sache gutwillig heraus, oder sein Gegner trat zurück. Wurden sie nicht einig, so verfügten sie sich mit den Zeugen sofort vor Gericht (superstitibus praesentibus nach Festus), und es ward jetzt ein Verfahren eingeleitet, bei dem sie zur Konstatierung der Tatsache, daß sie auf ihrem Eigentumsanspruch beharrten, vor Gericht den außergerichtlichen Akt des vindicare zu wiederholen hatten, und bei dem dann der Richter über die Legalität des letzteren zu erkennen hatte, ganz so wie er dies bei der legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem über die außergerichtlich vorgenommene manus injectio und pignoris capio zu tun hatte. In allen drei Fällen handelte es

*) Von vim dicere = Ansage der Gewalt, nicht wie B. 1 S. 163 Anm. 69 mit der herrschenden Ansicht früher von mir angenommen ward, = Scheingewalt, dicere hat im ältesten Prozeß überall die Bedeutung von ankündigen: condicere, jus dicere, diem dicere.

sich prozessualisch nicht um den Anspruch selber, sondern um die Rechtfertigung des zu seiner Verwirklichung in Szene gesetzten Aktes der Selbsthilfe, kurz das Vindikationsverfahren trug juristisch denselben Charakter an sich, wie die legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem, den eines Justifikations- und Impugnationsverfahrens (B. 1 § 11c). Alle drei Prozeßformen sind damit auf einen und denselben Grundgedanken zurückgeführt.

Mein Kollege, der Germanist Schröder, dem ich diese Bogen aus Anlaß der unten folgenden Ausführung über die praedes übergeben hatte, um dafür Parallelen aus dem altgermanischen Recht zu erhalten (S. XIX Anm.), macht mich in bezug auf diesen Gedanken des Justifikationsverfahrens auf einen interessanten Beleg aus dem altfränkischen Prozeß aufmerksam: die Ausübung des jus blasphemandi (injusto judicasti) seitens der im Prozeß unterlegenen Partei gegen das Urteil des Richters. Der Richter in der zweiten Instanz hatte formell nicht darüber zu erkennen, ob der Schelter des Urteils materiell recht habe, sondern ob er sich des ihm zustehenden jus blasphemandi mit Recht oder Unrecht bedient habe, kurz es war ein Justifikationsverfahren in bezug auf einen von der Partei vorgenommenen Akt, ein Seitenstück zu den obigen römischen Prozeßformen, bei denen der Richter ebenfalls darüber zu erkennen hatte, ob der Akt des vindicare, manum injicere, pignus capere mit Recht oder mit Unrecht vorgenommen war. Denselben Charakter trug die Provokation im altrömischen Kriminalprozeß an sich, sie hatte zur Grundlage das Schelten des Urteils, d. h. den persönlichen Vorwurf gegen den Richter, daß er ungerecht geurteilt habe, und die Rechtmäßigkeit dieses ihr bei dem Verfahren über das parricidium (nicht über die perduellio) rechtlich zustehenden Aktes hatte die Partei zu rechtfertigen.

Sodann S. 192 Note 240a die Ausführungen über die Einständer (praedes, vades, obsides) und ihren Gegensatz zu den Bürgen. Um die Note nicht übermäßig anschwellen zu lassen, habe ich dort einiges unterdrückt, was ich gern gesagt

hätte. Ich habe eine ausführliche Abhandlung über diesen Gegenstand unter der Feder, da ich aber nicht weiß, ob ich dazu kommen werde, sie zu beenden und zu veröffentlichen, so will ich diese Gelegenheit benutzen, um das dort Unterdrückte in gedrängter Weise nachzuholen.

Die dort vorgetragene Ansicht, mit der ich meines Wissens ganz allein stehe, daß derjenige, für den die vades und praedes eintraten, selber nicht haftete, wird sich auf allgemeinen Widerspruch gefaßt machen müssen, der Gedanke, daß die akzessorisch verpflichteten Personen haften sollen, während derjenige, um dessen Leistung es zu tun ist, selber nicht verpflichtet sein soll, liegt unserer heutigen Vorstellung von dem Verhältnis der akzessorischen zur prinzipalen Verpflichtung gar zu fern, als daß man ihn nicht unbesehen verwerfen sollte. Ich frage aber: hat es juristisch das mindeste gegen sich, daß B dem A Geld verspricht, für den Fall, daß C eine Leistung, zu der er sich anheischig gemacht hat, ohne aber rechtlich haften zu wollen, nicht beschaffen werde? Damit ist die juristische Möglichkeit des Verhältnisses, wie ich es bei den vades und praedes annehme, dargetan. Das alte Recht kannte keine obligationes faciendi, die Verpflichtung auf ein facere konnte nur indirekt durch das Versprechen einer Konventionalpön erwirkt werden. Diese Konventionalpön wird von den vades und praedes versprochen, derjenige, um dessen Leistung es zu tun war — ich will ihn im folgenden den Pflichtigen nennen — versprach nichts, weder die Leistung noch Geld, aber es war durch die praedes und vades dafür gesorgt, daß er zur Leistung genötigt ward. In späterer Zeit hat sich dies geändert, auch der Pflichtige selber verpflichtet sich, und eben dieser Umstand mag es verschuldet haben, daß man die ursprüngliche Gestalt des Verhältnisses nicht erkannt hat.

Im Vindikationsprozeß hat derjenige, dem die Vindizien zugesprochen sind, praedes litis ac vindiciarum zu bestellen. Davon, daß er selber sich verpflichte, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten, ist nicht die Rede, nach altem Recht verstand sich aber eine Verpflichtung nicht von selbst, sondern mußte durch ausdrückliches Versprechen übernommen werden, die Zusicherung,

daß der Besitzer im Unterliegungsfall alles, was ihm oblag, beschaffen werde, wurde lediglich von den praedes übernommen, nicht von ihm selber. Hätte er selber als verpflichtet gegolten, so hätte es in späterer Zeit nicht erst der stipulatio pro praede litis ac vindiciarum (Gaj. IV. 91, 94) bedurft, wodurch die Verpflichtung der praedes auf ihn übertragen ward. Die Bestellung von Bürgen fiel auch hier nicht hinweg, an Stelle der alten praedes traten nunmehr die sponsores (Gaj. IV. 89). Um für sie, die nur einer Hauptobligation beitreten konnten, in der Person des Beklagten eine solche, die bis dahin nicht existiert hatte, zu gewinnen, knüpfte man an die vorhandene des alten Prozesses: die der praedes an, indem man sie durch die obige Stipulation herstellte. Es wäre geradezu unsinnig gewesen, sie auf diesem wunderlichen Umwege zu begründen, wenn sie bis dahin bereits existiert hätte. Die Verpflichtung der praedes war die einzige Form, in der die Obligation im alten Vindikationsprozeß zur Erscheinung gelangt war, und in echt römischer Weise bediente man sich für die Übertragung derselben auf den Beklagten der bereits vorhandenen Form, stipulatio, sagt Gajus, in locum praedium successit (IV. 94).

Ganz ebenso verhielt es sich mit der Verpflichtung der vades in alter Zeit. Der Beklagte kam seiner Pflicht damit nach, daß er vades *stellte*, d. h. in ihrer Person die Verpflichtung zur Zahlung der summa vadimonii begründete, ohne selber sie zu übernehmen, es war ganz dasselbe Verhältnis wie bei den praedes im Vindikationsprozeß. Diese Gestalt der Sache wird durch Varro de L. L. VI 74 ausdrücklich bezeugt: vas appellatus, qui *pro altero* vadimonium promittebat, und es ist mir schwer begreiflich, wie sogar Keller*) im Widerspruch mit diesem klaren Ausspruch den Beklagten selber sich durch Stipulation verpflichten läßt, es ist wiederum die fixe Idee von der Unerläßlichkeit einer Hauptobligation für die Nebenobligation. In allen den vielen Stellen, wo Livius der vades publici gedenkt, heißt es von dem Angeschuldigten bloß, daß ihm aufgegeben ward,

*) Röm. Zivilprozeß, Ausg. 6 von Wach S. 234.

vades zu stellen, und daß er sie stellte, niemals, daß ihm aufgegeben ward, selber etwas zu versprechen. Aber auch in bezug auf die vades trat im neuen Recht dieselbe Änderung ein wie in bezug auf die praedes: der Beklagte selber übernahm die bisherige Verpflichtung der vades, d. h. er selber versprach das vadimonium, und die Sicherheitsstellung erfolgte in der dadurch ermöglichten Form der satisdatio, d. h. des akzessorischen Beitritts von Bürgen (im Prozeß unter Römern sponsores). Diese Gestalt der Sache hat Gajus IV. 184 vor Augen: vadimonium ei faciendum est i. e. ut promittat se certo die sisti. In dem sisti steckt noch deutlich der Hinweis auf die alte Gestalt der Sache, dasselbe paßt nur für das Versprechen der vades, daß der Beklagte gestellt werden solle; hätte er selber in alter Zeit sich verbindlich machen müssen, im Termin zu erscheinen, so hätte man sich dafür unmöglich des Ausdrucks bedienen können, daß mit ihm etwas geschehen werde.

Öffentliche Ausverdingungen durch den Zensor erfolgten bekanntlich in der Weise, daß von denjenigen, die sich dazu bereit erklärten, einer als manceps bestellt wurde, der das Gebot tat, und auf dessen Namen der Vertrag abgeschlossen ward. So wunderlich es uns heute erscheinen mag, daß dieser eigentliche Kontrahent als solcher nicht haftete, sondern nur die praedes, die er bestellte, und denen er selber sich hinzugesellte, so ist es doch wahr. Man lese einmal unbefangen die Worte von Festus: manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve ..... qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est. Was sagen sie anders, als: der manceps als solcher haftet nicht, er haftet nur in seiner Eigenschaft als praes? So erklärt es sich, daß in den Quellen nie von der Verpflichtung des manceps, sondern nur von der der praedes die Rede ist,*) was undenkbar gewesen wäre, wenn die Verpflichtung in der Person

*) So z. B. die tabula Malacitana, Überschrift von c. 64.: de obligatione praedum praediorum cognitorumque.

des manceps begründet und durch die praedes nur gesichert worden wäre. Der Grund war hier derselbe wie in allen anderen Fällen: das alte Recht hatte sich noch nicht zu dem Gedanken erhoben, daß eine obligatio auf ein facere gerichtet sein könne, es vermittelte die Sache praktisch dadurch, daß die Vornahme des facere indirekt durch das Versprechen eines dare von seiten anderer Personen gesichert ward. Dieser Mechanismus, der für uns etwas so Befremdendes hat,*) war ein wohldurchdachter, ich

*) Er wiederholt sich auch in altgermanischen Recht, s. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II § 126. Derselbe bezeichnet die Stellung des Bürgen als die „eines mediator, der die Zahlung vom Schuldner an den Gläubiger zu vermitteln und zu bewirken hatte" (S. 252), ganz die unseres Einständers. Der Schuldner selber haftete dem Gläubiger nicht, „letzterer hat sich durch Annahme des Bürgen des Griffs auf den Schuldner begeben" (S. 251). Zur genaueren Belehrung über das Verhältnis hatte ich mich an meinen hiesigen Kollegen Schröder gewandt, und ich habe ihn gebeten, die mir mündlich gegebene Auskunft aufzuzeichnen und mir den Abdruck derselben an dieser Stelle zu verstatten; ich teile sie im folgenden mit: „Dem burgundischen und langobardischen Rechte war nur ein Pfändungsrecht des Bürgen gegen den Schuldner und des Gläubigers gegen den Bürgen bekannt. Gegen den Schuldner hatte der Gläubiger kein Zwangsrecht. Nur eine formelle Zahlungsaufforderung des Gläubigers an den Schuldner verlangte das burgundische Recht als Voraussetzung der Pfändung des Bürgen. War der Schuldner zahlungsunfähig, so konnte der Bürge sich durch Auslieferung desselben in die Schuldknechtschaft des Gläubigers von jeder persönlichen Haftung befreien. Auch das fränkische Recht kannte den Bürgen nur als Prinzipalschuldner; sobald der Gläubiger direkt gegen den Schuldner vorging, war der Bürge frei. Den gleichen Standpunkt nehmen zahlreiche deutsche Partikularrechte des Mittelalters (Stobbe, Deutsches Privatrecht III. 308 Note 8) ein. Prinzipalhaftung des Bürgen ferner im jüdischen Lov und anscheinend im altschwedischen Recht. Die nach Amira in dem letzteren und nach Stobbe (a. a. O. 308, Note 7) in deutschen Partikularrechten des Mittelalters vorherrschende Solidarhaft des Bürgen erscheint nur als eine Abschwächung der ursprünglichen Prinzipalhaft. Auf die Entstehung des obligatorischen Versprechens aus der Bürgschaft deutet die im fränkischen, italienischen und nordischen Rechte verbreitete Auffassung desselben als Selbstbürgschaft hin. Vgl. Brunner, Zeitschrift für Handelsrecht 22, 513. Val de Lièvre, Launegild und Wadia 186. 188. Note 209, Note 1. 244 ff. Paulsen, i. d. Zeitschr. für deutsches Recht 4, 125.

möchte geradezu sagen: ein ingeniöser, und darüber möge man mir verstatten einiges hinzuzufügen.

Die Funktion der Einständer bestand darin, denjenigen, der zur Vornahme einer Handlung oder zu einer Unterlassung genötigt werden sollte, durch ihren persönlichen Einfluß dazu zu zwingen. Zur Übernahme einer solchen Rolle, welche für den Fall der Erfolglosigkeit mit der eigenen Haftung verbunden war, verstanden sich selbstverständlich nur solche Personen, welche dem Pflichtigen persönlich nahe standen: Verwandte, Freunde, Klienten, Patrone. Sie wußten, wie es mit ihm stand. Hatte er eine faule Sache, so lehnte jeder von ihnen die Aufforderung ab, ein unzuverlässiger Mann fand keine praedes, vades, so wenig wie einen vindex, dessen ich nachher gedenken werde, oder nur dann, wenn er sie vorher wegen der Gefahr, die sie liefen, durch Vorschuß der erforderlichen Geldmittel sicher gestellt hatte. Wer aber praedes oder vades gefunden hatte, hatte sich damit unter ihre Aufsicht gestellt und ihnen die Befugnis eingeräumt, dafür Sorge zu tragen, daß alles richtig geschah. Sie beobachteten, bewachten ihn, kamen in sein Haus, um nachzusehen, sorgten dafür, wenn sie als vades die Haftung übernommen hatten, daß er keinen Fluchtversuch mache, wenn als praedes, daß er die nötige Leistung beschaffe, das Grundstück, dessen Besitz ihm im Vindikationsprozeß zugesprochen war, in richtigem wirtschaftlichen Stand erhalte, daß er die dem Gegner Schaden drohende Sache ausbessere (s. unten beim damnum infectum), sie waren gedacht als Aufpasser, Wächter, Spione, Treiber, kurz sie hatten die Funktion von Gerichtsdienern innerhalb des römischen Hauses, die dafür Sorge zu tragen hatten, daß alles, was gemäß der Intention des Magistrats (Prätor, Zensor) zu geschehen hatte, richtig geschah.

Dieser Gedanke der Beschaffung eines facere durch Aufbietung des Einflusses der dem Verpflichteten nächststehenden Personen hat sich in veränderter Gestalt noch bis in die spätere Zeit

---

133 ff. 137 ff. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte § 11, Anm. 45. § 35, Anm. 165."

hinein erhalten. Darauf beruht die Vorschrift des prätorischen Edikts, daß es bei den prätorischen Stipulationen der Bestellung von Bürgen bedürfe. In l. 7 de praet. stip. (46, 5) heißt es: praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. Warum Bürgen, warum nicht Realsicherheit, die doch den Berechtigten völlig sicher stellt, sicherer als die Bürgen, welche ja insolvent werden können? Die Antwort lautet: weil die zur Sicherheit gegebene Sache nicht dasjenige leisten kann, worauf es bei der Bestellung der Bürgen abgesehen ist: den Verpflichteten zur Vornahme der Leistung durch Zureden, Vorstellungen, Drohungen anzutreiben. Das Geld liegt tot im Kasten, der Bürge kommt ins Haus und sieht nach. Allerdings gewährt die Sache dem Berechtigten die Sicherheit der vollen Schadloshaltung, aber darum ist es ihm erst in zweiter Linie zu tun, in erster wünscht er die Beschaffung der Leistung selber. Es war dasselbe Verhältnis, wie bei den actiones arbitrariae, bei denen der Richter in erster Linie auf die Realleistung (restituere) und erst in zweiter Linie für den Fall, daß sie unterblieb, auf Geld erkannte. Diese Realleistung zu erzwingen, ist die Bestimmung der Bürgen bei den prätorischen Stipulationen. Man braucht sich nur das Verhältnis des Vormundes und des Usufruktuars zu vergegenwärtigen, um inne zu werden, was durch die Aufsicht, welche die Bürgen über sie führen, und den moralischen Druck, ich möchte sagen: den Personalzwang, den sie auf ihn ausüben können und sollen, für den Berechtigten erreicht wird. Demselben liegt viel mehr daran, daß alles glatt abläuft, als daß er hinterher einen unter Umständen durch einen sehr schwierigen Beweis bedingten Anspruch auf Schadloshaltung erhält, und eben dieser Erfolg soll durch die Bürgen vermittelt werden.

Mit ausdrücklichen Worten ist diese Funktion der Bürgen bei den prätorischen Stipulationen nicht angegeben, aber sie ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Ausschließung der realen Sicher-

heitsleiſtung. So erklärt es ſich, daß die Juriſten bei der vom Prätor auferlegten Kaution in bezug auf die Kollation die reale Sicherheitsleiſtung für ausreichend erklärten (l. 1 § 9 de coll. bon. 37, 6), denn hier handelte es ſich nicht um ordnungsmäßige Beſchaffung eines facere, ſondern lediglich um das Einwerfen von Vermögensſtücken. Ebenſo im Fall der l. 2 § 1, 3 quod leg. (43, 3).

Einen wertvollen Anhaltspunkt für die Erkenntnis dieſer praktiſchen Bedeutung der Bürgen gewähren die Bürgen des ſpäteren römiſchen Kriminalprozeſſes, die moderne Form der alten vades publici. Man vergleiche folgende Stellen: l. 28 § 1 ex q. c. maj. (4, 6): item si quis nec in custodia nec in vinculis sit, sed sub fidejussorum satisdatione et dum propter hoc recedere non potest, l. 1 de cust. reor. (48, 3): . . an militi tradenda vel fidejussoribus committenda (persona), l. 3 § 7 de bon. eor. (48. 21): si in vinculis vel sub fidejussoribus decesserit. In dieſen Stellen iſt das ganze Verhältnis ſo klar gezeichnet, daß es weiterer Worte nicht bedarf, die Bürgen fungieren hier als Aufſichtsperſonen im Dienſt des Gerichts; ſie ſind gedacht als eine ſchonendere Form der vincula oder der custodia (miles), ſie ſollen dasſelbe leiſten, wie letztere, d. h. das Entweichen des Angeklagten verhindern.

So begreift es ſich, daß es bei der Wahl der Bürgen nicht bloß auf deren Solvenz, ſondern auch auf ihre Zuverläſſigkeit ankam, l. 112 § 1 de V. O. (48, 1): quod plerumque idonei non tam patrimonio quam fide quoque aestimarentur; es müſſen Perſonen ſein, denen man zutrauen kann, daß ſie die Dienſte, welche das Gericht von ihnen erwartet, leiſten können und wollen.

Ich glaube damit den Gedanken, den das alte Recht bei ſeinen vades und praedes im Auge hatte, in das richtige Licht geſetzt zu haben. Er war ſo wenig ein ſpezifiſch römiſcher, daß er ſich auch bei anderen Völkern auf derſelben niederen Entwicklungsſtufe des Rechts wiederholt, ſo z. B. bei den Germanen.

Es ist kurz ausgedrückt der der Heranziehung der dem rechtlich unmittelbar Beteiligten nahestehenden Personen im Interesse der Rechtspflege. Die genaue Kunde, die sie von ihm und seinen Verhältnissen haben, das Vertrauen, das sie infolge davon ihm schenken oder versagen, und das am sichersten erprobt wird, wenn sie für ihn eintreten sollen, sei es mit ihren Versicherungen, Eiden, wie die altgermanischen Konsakramentalen, sei es mit ihren Taten, und der Einfluß, den sie auf ihn auszuüben vermögen, bildet hier einen wesentlichen Faktor der Rechtsordnung, dem Richter wird dadurch die Arbeit erleichtert, viel Mühe erspart, und gar vieles, was er mit seinen Mitteln gar nicht oder nur unvollkommen erreicht haben würde, wird auf diesem Umwege durch sie beschafft. Die Verwandten, Genossen, Freunde sind die Hilfsorgane des Richters, durch ihren Einfluß bringen sie innerhalb des Hauses fertig, was sonst Gegenstand schwieriger richterlicher Untersuchung gewesen wäre.

Einen interessanten Beitrag und damit zugleich ein instruktives Seitenstück zu den praedes oder vades gewährt die bekannte Einrichtung des altrömischen Prozesses, der zufolge der Schuldner bei der legis actio per manus injectionem nicht selber als Prozeßpartei auftreten konnte, sondern einen vindex stellen mußte, der für ihn den Prozeß übernahm. Wer eine faule Sache hatte, fand keinen vindex, der Prozeß ward in der Geburt erstickt und der Richter dadurch der Mühe, sich mit nichtigen Prozeßhändeln abzugeben, überhoben. Durch derartige Einrichtungen, wie die vindices, praedes, vades erreichten es die Römer, daß gar vieles von dem, was bei uns die Bühne des Rechts betritt, sich bei ihnen hinter den Kulissen abspielte, die Verwandten, Freunde lehnten, wenn sie kein Vertrauen zu der Sache oder dem Manne hatten, die Garantieübernahme ab oder, wenn sie sich dazu entschlossen, sorgten sie dafür, daß alles geschah, was zu geschehen hatte. Nichtige Ausflüchte, erdichtete Vorwände hielten bei ihnen nicht Stich, sie wußten, wie es mit dem Manne stand, ihnen mußte er reinen Wein einschenken, und ihnen war durch ihre Vertrautheit mit seinen Verhältnissen und den jederzeit freien Eintritt in sein Haus und den Verkehr mit den Hausgenossen die Möglich-

keit geboten, eine ungleich genauere und wirksamere Aufsicht über ihn zu führen, als der strengste und eifrigste Gerichtsdiener es vermocht hätte — sie waren der Spion im eigenen Hause. Und auch wenn es galt, den Mann zum Erscheinen vor Gericht oder zur Beschaffung der ihm obliegenden Leistung anzuhalten, konnte es kein Gerichtsdiener mit ihnen aufnehmen, sie schleppten den angeblich Kranken vor Gericht, nicht selten gewiß auch den wirklich Kranken, und nötigten den Lässigen, Faulen zur Arbeit.

Das spätere Recht hat nun an die Stelle dieser indirekten Form der Verpflichtung durch praedes und vades und der indirekten Prozeßführung durch vindex die direkte gesetzt. Die Rolle oder Verpflichtung, welche früher auf die Nebenperson entfiel, ist auf die Hauptperson übertragen worden. Der Schuldner, gegen den die manus injectio vorgenommen ist, wird sein eigener Vindex, und der bisherige Vindex vertauscht in den wenigen Fällen, wo das neuere Recht für die legis actio per manus injectionem noch Sicherheitsstellung durch satisdatio verlangt (Gaj. IV 25: cum judicati depensive agitur), seine Rolle mit der eines Bürgen. Ebenso wird der Beklagte sein eigener vas, d. h. er verspricht das vadimonium, und von der Sicherheitsbestellung, soweit sie nötig (Gaj. IV 185), gilt hier ganz dasselbe, der alte vas wird Bürge. Ebenso wird der Pflichtige sein eigener praes, wie dies zwar nur für die stipulatio pro praede litis ac vindiciarum ausdrücklich bezeugt, sachlich aber überall anzunehmen ist.*) Auch hier verwandelt sich, nachdem mit Herstellung einer Hauptobligation die Bürgschaft möglich geworden ist, der praes (von der obligatio praedium bei öffentlichen Akkordarbeitern abgesehen) in einen Bürgen. Das Resultat ist: in allen Fällen der indirekten Verpflichtung des eigentlich Beteiligten tritt im neueren Recht an ihre Stelle die direkte, und damit erhält der früher ausschließlich Verpflichtete die Stellung eines Bürgen.

---

*) Derselbe Vorgang wiederholt sich auch im germanischen Recht in der Selbstbürgschaft, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II, § 191 Anm. 3.

In praktischer Beziehung war diese Veränderung bei den Verhältnissen mit Einständern ohne alle Bedeutung, nur die juristische Form des Verhältnisses änderte sich, nicht die Sache selber, denn auch der Bürge übte, wie oben nachgewiesen ist, ganz dieselbe Funktion aus, wie der Einständer, und ob der Pflichtige direkt haftete oder nicht, war ohne Belang, da der Nachdruck des Verhältnisses auf der Einwirkung der Einständer und Bürgen auf ihn beruhte. Nur für die legis actio per manus injectionem war die Vertauschung der indirekten Form der Prozeßführung mit der direkten von hohem praktischem Wert, sie enthielt für den Schuldner die große Erleichterung, daß er sich nicht mehr nach einem andern umzusehen brauchte, der für ihn den Prozeß übernahm, es war ihm damit die Möglichkeit der eigenen Prozeßführung verschafft. Nur in den zwei oben genannten Fällen (Gaj. IV 25) blieb es der Sache nach beim alten, da der Schuldner hier satisdatio judicatum solvi zu bestellen hatte, also ganz so von dem Eintreten dritter Personen für ihn abhängig war, wie früher.

In historischer Beziehung dagegen knüpft sich an die Umwandlung der Einständer in Bürgen meines Erachtens ein sehr hohes Interesse. Es sind drei Punkte, die meine Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben.

Der erste ist für mich ohne sonderlichen Wert. Er betrifft die Frage: wann und wie die Änderung zuerst bewirkt worden ist. Ich vermute, daß das Edikt des Prätor Peregrinus den Anstoß dazu gegeben hat. Dasselbe übernahm von dem jus civile den gesunden und erprobten Gedanken der Beschaffung der zu erzielenden Leistungen durch die Pression dritter Personen, aber, da es sich dafür der national-römischen Formen der vades und praedes nicht bedienen konnte, so wählte es dafür die der eigenen Verpflichtung des Pflichtigen, d. i. der cautio unter Sicherstellung durch Bürgen (satisdatio). Ob das Zivilrecht sich damals bereits zur Anerkennung von obligationes faciendi erhoben hatte, oder ob auch dieser Fortschritt zuerst durch das Peregrinenedikt vermittelt worden ist, steht dahin, kurzum an Stelle

der alten zivilrechtlichen Form der indirekten Verpflichtung trat die direkte. Dafür gibt es zwei Belege. Den einen gewährt die cautio judicatum solvi der reivindicatio per formulam petitoriam im Gegensatz zu der stipulatio pro praede litis ac vindiciarum bei der reivindicatio per sponsionem praejudicialem (Gaj. IV 91). Durch ihre Einkleidung in die Gestalt einer sponsio, durch Stellung der intentio auf meum esse ex jure Quiritium (Gaj. IV 93) und durch die Bezugnahme auf den praes charakterisiert sich diese als die römische Form, durch die Abwesenheit dieser Merkmale, vor allem durch die Stellung der intentio auf das bloße suum esse (Gaj. IV 92) jene als die peregrinische. Hier haben wir also einen unzweifelhaften Fall einer durch den Prätor peregrinus selbständig eingeführten cautio vor uns. Einen anderen bietet die cautio damni infecti, deren Einführung durch das Edikt des Prätor peregrinus uns ausdrücklich bezeugt ist,*) die Form des Zivilrechts war die durch praedes, was ich unten hoffe dartun zu können. Abermals ein völlig zweifelloser Fall der Hinübernahme einer vom Prätor peregrinus zuerst aufgestellten Form in das Edikt des Prätor urbanus. Was für diese beiden Fälle ausdrücklich bezeugt ist, glaube ich auch für die übrigen annehmen zu können, in denen das alte Zivilrecht sich der Einständer bediente. Für letzteres lag ein Anlaß, eine neue Form dafür zu suchen, nicht vor, für den Prätor peregrinus war die Nötigung, Vorsorge zu treffen, eine unabweisbare, und so wird er es gewesen sein, der die neue Form der cautio mit satisdatio und so unter andern auch das eigene Versprechen des Vadimonium von seiten des Beklagten einführte und damit dem Prätor urbanus den Anstoß gewährte, sie als die bequemere (Gaj. IV 31: commodius jus et plenius est) zu adoptieren.

Wichtiger ist mir der zweite Punkt. Er betrifft den

*) Lex Rubria c. 20 v. 25, 35: Bezugnahme auf: eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos jus dicit in albo propositam habet.

Rückschluß von der spätern Gestalt der Sache, wie sie uns in den prätorischen Stipulationen vorliegt, auf die frühere durch Einständer. Wir haben im bisherigen eine Reihe von Fällen angeführt, in denen sich die Vertauschung der alten Form der Einständer durch die neuere mittelst cautio und satisdatio historisch nachweisen läßt. Ganz dasselbe nehme ich auch für die noch übrigen Fälle der prätorischen Stipulationen an, soweit sich das Verhältnis, in dem sie zutage treten, mit Grund dem älteren Recht zuweisen läßt.

Unzweifelhaft ist dies der Fall für die Haftung aus dem damnum infectum. Dem alten Recht war, wie eben bewiesen, die Form der cautio damni infecti fremd, aus Gajus IV 31 wissen wir, daß man noch zu seiner Zeit wegen damnum infectum eine legis actio anstellen konnte. Worauf war dieselbe gerichtet? Für denjenigen, der meinen Ausführungen bisher gefolgt ist, kann die Antwort nicht zweifelhaft sein: auf Bestellung von praedes. Das äußere Zeugnis, welches man dafür in l. 6 § 7 Comm. div. (10. 3) hat finden wollen (praedibus statt pro aedibus),*) ist kritisch nicht aufrecht zu erhalten, unmöglich können die Kompilatoren das Wort praedibus, selbst wenn Labeo es gebraucht hatte, an dieser einzigen Stelle haben stehen lassen, da es der damaligen Welt gänzlich unverständlich gewesen wäre. Aber der Mangel des äußeren Zeugnisses wird ersetzt durch das Gewicht der inneren Gründe. Die Bestellung von praedes war der gewiesene Weg, um in alter Zeit die Beschaffung von Leistungen zu erzielen, wie für Neubauten und Reparaturen öffentlicher Gebäude und für die Instandhaltung des Grundstückes im Vindikationsprozeß, so auch für die Reparatur oder Instandhaltung von Privatgebäuden, hier wie dort ist es der praes, welcher es übernimmt, den Pflichtigen dazu zu nötigen.

Einen zweiten Fall bietet uns die Haftung der Vormünder. In der späteren Zeit wird sie vermittelt durch die cautio

*) S. darüber die Ausgabe der Pandekten von Th. Mommsen.

rem pupilli salvam fore mit satisdatio. Wie in älterer Zeit? In denjenigen Fällen, wo der Magiſtrat überhaupt Anlaß hatte, ſich in die Vormundſchaft einzumiſchen, d. h. in denen der lex Atilia und Julia Titia, meiner Anſicht nach mittelſt Beſtellung von praedes. Die Verfaſſer der Inſtitutionen bemerken es als eine befremdende Tatſache (§ 5 J. de Atil. tut. 1. 20): neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore (suprascriptae leges) quidquam cavebant. Die Notiz iſt nicht unwichtig, weil ſie zu dem Schluß berechtigt, daß damals, d. i. im ſechſten Jahrhundert der Stadt, die prätoriſchen Stipulationen, wenn auch für Peregrinen, ſo doch für Römer noch nicht im Gebrauch waren. Aber haben jene Geſetze die Mündel gänzlich ſchutzlos gelaſſen? Meiner Anſicht nach haben ſie ſich des Mittels bedient, das ihnen das Recht ihrer Zeit zur Verfügung ſtellte: ſie haben die Beſtellung von praedes ſeitens der Vormünder angeordnet.

Ein drittes Verhältnis, in dem das prätoriſche Edikt die Beſtellung einer cautio nebſt satisdatio vorſchreibt, bietet der ususfructus dar: die cautio usufructuaria. Gerade hier, wo es auf Innehaltung der Verpflichtung: boni viri arbitratu usurum fructurum esse ankam, war es von ganz beſonderem Wert, dem Verpflichteten eine Aufſichtsperſon, gewiſſermaßen den bonus vir ſelber, nach deſſen arbitratus er ſich zu richten habe, zur Seite zu ſtellen. Dies war bei der cautio der Bürge, in alter Zeit, wenn damals, was kaum zu bezweifeln ſein möchte, die letztwillige Hinterlaſſung des Uſusfruktus an die Witwe bereits üblich und rechtlich anerkannt war, werden es die praedes geweſen ſein.

Der dritte Punkt betrifft die hiſtoriſche Erklärung des Begriffs von praestare. Sprachlich hat das Wort mit praes*) keinen Zuſammenhang, wohl aber meiner Meinung nach einen

*) Die Etymologen führen praes auf vas zurück: prae-vad, prae-vid prae-id, praes, Vaniček, Griech. latein. etymologiſches Wörterbuch II. S. 878. Das lateiniſche vas, vadi-monium findet ſein Seitenſtück im

ſachlichen. Die Verpflichtung des praes iſt diejenige Form, in der in Rom der Begriff des praestare zur praktiſchen Geltung und zum juriſtiſchen Bewußtſein gekommen iſt. Der Begriff deckt ſich mit unſerm deutſchen Wort Haftung und bildet den Gegenſatz zur Verpflichtung im engern Sinn. Als Beiſpiel, um den Gegenſatz zu veranſchaulichen, wähle ich die Verbindlichkeit des Verkäufers. Derſelbe iſt verpflichtet, die Sache zu tradieren, aber er haftet für Eviktionsleiſtung, Fehler und Mängel, dolus und culpa. Das will ſagen: in bezug auf den erſtgenannten Gegenſtand iſt ſeine Verpflichtung eine unbedingte, und die Vornahme derſelben bezeichnen wir als Leiſtung, in bezug auf die übrigen iſt ſie eine bedingte, bedingt dadurch, daß etwas geſchieht, was hätte unterbleiben, oder daß etwas (Fehler, Mängel) ſich herausſtellt, was nicht hätte da ſein ſollen, und die richtige Bezeichnung für die ſich daraus ergebende Verbindlichkeit iſt nicht Leiſtung, ſondern Schadloshaltung. Dort hat ſeine Verbindlichkeit einen poſitiven, hier einen negativen Inhalt.

Zur Bezeichnung dieſer negativen Seite der Obligation bedienen wir uns des Ausdrucks haften, die Römer des Ausdrucks praestare. Überall zielt derſelbe auf etwas Ungehöriges, was dem Sinn des Vertrages gemäß hätte unterbleiben ſollen, etwas, wofür der Verpflichtete, wenn es wider Erwarten doch eintreten ſollte, aufkommen, einſtehen ſoll.*) Es iſt nun oben nachgewieſen, daß dieſes Aufkommen,

---

gotiſchen vadi, mittelh. vadium = Pfand, welches von gotiſch vidan = binden ſtammt. Vas, vadi iſt der Gebundene, praes = prae-vid-s der in erſter Stelle Gebundene.

*) l. 66 de C. E. (18. 1) · . quaedam praestanda sint velut ne fundus evincatur. l. 200 de V. S. (50. 16) noxis solutum praestari. l. 4 de her. vend. (18. 4) locupletem debitorem esse non debere praestare, debitorem autem esse praestare. l. 6 § 2 de his qui dej. (9. 3) suam suorumque culpam praestare debere. l. 5 § 2 Commod. (13. 6) et dolum et culpam et periculum praestat. l. 1 pr. de aed. ed. (21. 1). Die Worte des ädilitiſchen Edikts in l. 1 § 1 de aed. ed. (21. 1): quod ejus praestari oportere dicetur. l. 4 § 3 it. vitium ita demum praestabit u. a. m.

Einstehen gerade die Funktion unserer Einständer bildete, und dieser Gestalt der Sache ist auch der sprachliche Ausdruck praestare entnommen. Er zeichnet uns denjenigen, der prae-stat, d. h. vor einen andern, der dabei stillschweigend mitgedacht wird, in die erste Linie tritt, wie dies ja die Stellung des Einständers kennzeichnet. Für dies Verhältnis war der Ausdruck sprachlich ebenso zutreffend, wie es unbegreiflich sein würde, daß er sich für das Verhältnis des Hauptschuldners selber hätte bilden sollen, denn wo ist hier derjenige, vor dem er in erster Linie steht? Auf ihn kann das Wort und der Begriff erst zu einer Zeit übertragen worden sein, als er selber sein eigener Einständer geworden war.

So begreift es sich, daß die Römer neben den beiden anderen Ausdrücken zur Bezeichnung des Inhalts der Obligation: dare und facere noch den des praestare haben. Dem obigen nach braucht es nicht gesagt zu werden, daß er keine einfache Kombination des dare und facere, keine bloße Tautologie enthält, beide können wenigstens eine unbedingte Verpflichtung enthalten, während das praestare stets bedingter Art ist, es tritt nur in Wirkung, wenn es an dem, was hätte da sein oder geschehen sollen, fehlt. Und eben darum konnte Paulus bei der Angabe des möglichen Inhaltes der Obligation in l. 3 pr. de O. et A. (44. 7): obligationum substantia .... in eo constitit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum das praestare auch nicht übergehen, das dare facere geht auf Leistung, das praestare auf Schadloshaltung.

Damit kann ich meine Ausführungen über die Einständer des alten Rechts beschließen. Unbedeutende Punkte, deren ich in meiner Abhandlung gedacht haben würde, habe ich dabei übergangen. Nur einen wesentlichen Punkt glaube ich nicht unerwähnt lassen zu dürfen, nämlich daß sie lediglich auf Geheiß der Obrigkeit bestellt wurden, sei es der Prozeßpartei, wie im Vindikationsprozeß und beim damnum infectum, sei es ihr selber, wie die praedes bei den öffentlichen Akkord-

arbeiten dem Zensor und die für das sacramentum, nachdem es nicht mehr sofort hinterlegt zu werden brauchte, dem Prätor (Gaj. IV 16), sei es wie bei der obrigkeitlichen Bestellung von Vormündern dem Mündel oder seinen Verwandten. Die Bestellung der praedes für das sacramentum könnte den Schein hervorrufen, als ob es sich hier nicht um das Einstehen derselben für ein facere, sondern für ein dare des Pflichtigen handle. Ich habe mich darüber schon in der Schrift selber (S. 194) ausgesprochen. Der Pflichtige selber verspricht auch hier nicht, die Voraussetzung, an welche die Haftung der praedes geknüpft ist, ist nicht die unterlassene Zahlung der Sakramentssumme von seiten des Unterliegenden, sondern sein Unterliegen im Prozeß, d. i. die Nichtbeschaffung eines facere, das ihm oblag: die Erbringung des Beweises seines Eigentums. Das Verhältnis war kein anderes wie bei den vades in bezug auf das Nichterscheinen im Termin.

Ich fahre fort in der Angabe der Noten, in denen ich in dieser Ausgabe neue Ansichten vorgetragen habe. Es sind Note 337ª auf S. 263 (die praktische Bedeutung der exc. litis dividuae und residuae) und Note 367 auf S. 272 (die praktische Bedeutung des Verbots des mandatum post mortem).

Schließlich habe ich noch einige Worte über das diesem Bande hinzugefügte Register zu den vier Bänden dieser Auflage hinzuzufügen. Ich habe das Quellenregister gänzlich wegfallen lassen. Ich hatte es früher angefertigt, um denjenigen, welche irgend einen Punkt in dem Werke suchen wollten, außer dem Sachregister, in das unmöglich alle unbedeutenden Punkte, die ich gelegentlich berührt hatte, aufgenommen werden konnten, dafür einen Anhaltspunkt zu bieten. Ich glaube es durch Vervollständigung des Sachregisters entbehrlich gemacht zu haben. Dieser Arbeit und zugleich der der Anpassung der früheren Zitate des Sachregisters an die gegenwärtige Auflage hat sich einer meiner Söhne: der Assessor Dr. Friedrich von Ihering, unterzogen, und unter den Namen derer, denen ich hier Anlaß hatte, für die mir bei dem gegenwärtigen Bande

geleisteten Dienste meinen öffentlichen Dank auszudrücken, soll auch der seinige nicht fehlen. Die Teile des Werkes sind im Register wie in der Schrift als Bände (I, II, III, IV) bezeichnet.

Göttingen, 30. Januar 1888.

Rudolf von Jhering.

Die juristische Kunst.

Gegensatz des folgenden Abschnittes zum vorhergehenden. — Die spezifisch-juristische Kunst — ihr Anteil an der ursprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter.

XLVIII. Schon eine geraume Zeit verweilt unsere Darstellung auf dem Gebiete der älteren Jurisprudenz, und wäre es wahr, was manche lehren, daß der Beruf der Jurisprudenz in dem Interpretieren der Gesetze bestehe, so könnte unseres Bleibens hier nicht lange mehr sein, denn diesen Zweig der juristischen Tätigkeit haben wir bereits (§ 44) kennen gelernt, und was wäre sonst noch viel übrig? Allein so paradox es klingt: der Hauptteil unserer Aufgabe, das Schwierigste ist noch zurück, und erst von jetzt an können wir behaupten uns im Zentrum der römischen Jurisprudenz zu befinden, während wir uns bisher bloß in den Außenwerken umhergetrieben haben. Zwar eine Reihe interessanter Erscheinungen haben wir auch dort angetroffen, Züge, die namentlich für den physiognomischen Ausdruck des ältern Rechts im Gegensatz des neuern höchst charakteristisch sind, allein dieselben gehören nicht sowohl der Jurisprudenz, als der Zeit an, sie waren nichts als die Reflexe, in denen die damalige Kulturstufe innerhalb der Jurisprudenz sich abspiegelte, und sie wiederholen sich darum auch auf den andern Gebieten des geistigen Lebens.

Interpretieren und Formeln aufsetzen mußte der Pontifex auch außerhalb des eigentlich juristischen Gebietes, eine spezifisch-juristische Kunst übte er damit nicht aus, und der Geist, in dem er es tat, jene früher nachgewiesene Abhängigkeit vom Wort, kam nicht auf Rechnung der Jurisprudenz, sondern der Zeit.

Dies ändert sich von nun an gänzlich. Der gegenwärtige Abschnitt versetzt uns in die innerste Werkstätte der Jurisprudenz und verschafft uns die Gelegenheit, sie in ihrem geheimsten Wirken und Schaffen zu belauschen. Die Aufgaben und Interessen, die es hier gilt, die Mittel, mit denen sie gelöst werden, die Operationen und Kunstgriffe, die hier zur Anwendung gelangen, kurz der ganze Gedankenapparat, den wir hier wahrnehmen, ist ausschließlich juristischer Art, es ist die spezifisch-juristische Kunst, welche wir im folgenden bei ihrem Werk: der technischen Gestaltung des älteren Rechts, zu beobachten haben werden. Die von uns vorausgeschickte allgemeine Theorie der Technik (§ 38—41) macht es ebenso möglich als nötig, uns ausschließlich auf das historische Material, welches das ältere Recht uns bietet, zu beschränken.

Die heutzutage herrschende Lehre datiert das Auftreten der Jurisprudenz in der Geschichte erst aus einer verhältnismäßig späten Zeit. Ihr zufolge war bereits eine lange Periode der rein naiven und gewohnheitsrechtlichen Existenz des Rechts vorangegangen, und geraume Zeit war bereits der Gesetzgeber tätig gewesen, bevor die Jurisprudenz sich von ihrem Lager erhob. Um noch an der Grundlegung des Rechts sich zu beteiligen, dazu kam sie viel zu spät, denn die Fundamentalbegriffe des Rechts waren längst fertig und fest geworden, der Ablagerungs- und Erstarrungsprozeß des Rechts im ganzen und großen bereits vollzogen; was ihr zu tun übrig blieb, war mithin nur ein Nachhelfen und Nachbessern im kleinen und einzelnen, das Polieren und Feilen. Diese Ansicht habe auch ich früher geteilt, eine fortgesetzte Beschäftigung mit dem ältern römischen Recht hat mich jedoch überzeugt, daß dieselbe ein reines Phantasieprodukt ist, dem die Geschichte keinerlei Unterstützung gewährt — der Traum von einem goldnen Zeitalter des Rechts, in dem die Menschen, ohne zu suchen, das Richtige getroffen hätten, in dem die Rechtsbegriffe ohne Zutun des Menschen am Baum der Erkenntnis gewachsen seien, von dem er nur nötig gehabt hätte sie zu pflücken, oder von dem sie ihm gar von selbst in den Schoß gefallen wären. Die positive Behauptung,

die ich dieſer Lehre entgegenſtelle, iſt die: daß die Geſchichte des Rechts mit einem eiſernen Zeitalter begonnen hat, mit dem harten Ringen und Arbeiten des menſchlichen Verſtandes, daß Abſicht, Reflexion, Bewußtſein, Berechnung bereits bei der Bildung des Rechts tätig geweſen iſt, kurz daß die juriſtiſche Kunſt an der Wiege des Rechts geſtanden hat.

Wie uns heutzutage die Begriffe nicht von ſelbſt zufallen, ſondern mit Mühe und Anſtrengung gewonnen werden müſſen, ſo und nicht anders iſt es auch in jener hiſtoriſchen Epoche der Fall geweſen, wo die Grundbegriffe des Rechts ſich gebildet haben, und die Meinung, als ob die Völker in ihrer Kindheit den Begriff des Eigentums, der Obligation uſw. nicht nötig gehabt hätten zu ſuchen und auszubilden, ſondern ihn fertig vorgefunden hätten, iſt um nichts beſſer, als daß ſie ihre Häuſer, Pflugſcharen uſw. aus den Händen der Natur erhalten hätten. Wie ſie um letzterer willen jahrhundertelang haben denken, arbeiten, in Verſuchen ſich abmühen müſſen, ebenſo und in noch viel höherem Grade um jener willen; es iſt eine lange Zeit des Taſtens und Suchens, des Schwankens und der Unſicherheit vorhergegangen, bevor dieſe Begriffe jene knappen, feſten Formen haben annehmen können, die ſie ſchon bei ihrem erſten hiſtoriſchen Auftreten an ſich tragen.

Einer je längeren Prüfung ich dieſe Begriffe unterworfen habe, um ſo feſteren Fuß hat die Überzeugung bei mir gefaßt, daß ſie in Wahrheit Kunſtprodukte ſind, und zwar Produkte einer Kunſt, die uns die höchſte Bewunderung abnötigt. Wer die Jurisprudenz mit der juriſtiſchen Schriftſtellerei identifiziert, für den fällt dieſe Kunſt freilich weit zurück vor die Zeiten der Jurisprudenz, und in ſeinen Augen kann ſie auf den Namen der letzteren keinen Anſpruch erheben. Allein wer wie ich das Kriterium der Jurisprudenz in etwas anderem erblickt als im Bücherſchreiben, wer ſie ſetzt in das juriſtiſche Denken, der wird jener Kunſt dieſen Namen nicht vorenthalten, denn von einem juriſtiſchen Denken legen die Begriffe und Formeln, in denen wir die dauern-

den Ergebnisse ihrer Tätigkeit vor uns haben, in einer Weise Zeugnis ab, wie ganze Wagenladungen von Büchern für so manche schreiblustige Zeitalter es nicht könnten. Dies Denken geht nur nicht, wie bei uns, in die Breite und ist uns nur nicht in seiner ursprünglich flüssigen Gestalt, sondern objektiviert und komprimiert auf kleinsten Raum, d. h. in Gestalt eines Rechtsbegriffs erhalten, und darum wird es von so vielen übersehen, wie man ja auch im gewöhnlichen Leben sich oft nicht bewußt ist, daß die einfachsten Gerätschaften, Kunstgriffe usw. Resultate einer oft über Jahrhunderte sich ausdehnenden geistigen Anspannung enthalten.

Wenn man aber mit uns jene Niederschläge des ältesten römisch-juristischen Denkens, wie wir die Grundbegriffe des römischen Rechts nennen dürfen, einer Analyse unterwirft, das in ihnen objektivierte Denken wiederum in Fluß versetzt, so erstaunt man wahrhaft über die geistige Kraft und Arbeit, von der sie Zeugnis ablegen, über die Fruchtbarkeit und Einfachheit der Gedanken und die Konsequenz und Energie der Durchführung — Eigenschaften, welche die Idee, daß die unmittelbare Volksüberzeugung, das naive, nicht reflektierende Denken sie hervorgebracht habe, geradezu zu einer Abgeschmacktheit stempeln. Man sieht eine reiche Gedankenwelt sich auftun, eine Welt, von der freilich eine Rechtsgeschichtsschreibung, der die wertlosen Namen von Juristen schwerer wogen, als juristische Gedanken, ebensowenig eine Vorstellung hatte, wie der Ungebildete sie von der Welt hat, die in Form der Versteinerungen das Innere der Erde uns aufbewahrt. Wie das Auge des Paläontologen in diesen Versteinerungen den steinernen Bericht über die Geschichte unserer Erdrinde erblickt, wie sie ihm Vorgänge und Umwälzungen aus einer Periode, früher als alle Geschichte, verkünden, so gehört auch nur die rechte Kunst des historischen Lesens dazu, um in dem ältesten Begriffsmaterial des römischen Rechts eine juristische Schöpfungsgeschichte desselben verzeichnet zu finden, einen Bericht über das, was bei der ursprünglichen Bildung seiner Grundbegriffe geschehen ist, wie hier mit dem Willen und dem sittlichen Gefühl sich die Reflexion

und die juriſtiſche Kunſt verbunden haben, um die Welt des Rechts in ihren Grundfeſten fertig zu bringen.

Es wäre Vermeſſenheit, beſtimmen zu wollen, was bei der Geſtaltung der Begriffe auf Rechnung der juriſtiſchen Kunſt, was auf Rechnung der übrigen rechtsbildenden Faktoren zu ſetzen, z. B. wie ſich der Anteil, den jene einerſeits und der Macht- und Freiheitstrieb anderſeits am römiſchen Eigentumsbegriffe genommen haben, auf beide verteilt, allein daß dieſe Kunſt an allen Rechtsbegriffen ihren Anteil, und zwar ihren großen Anteil hatte, das ſteht mit unverkennbaren Zügen in jenem Bericht verzeichnet, ja es laſſen ſich gewiſſe, bei ihnen allen wiederkehrende techniſche Grundgedanken nachweiſen, die ihnen ein ganz beſtimmtes juriſtiſches Gepräge aufdrücken und uns inſtand ſetzen, einen Typus der Struktur aufzuſtellen, der ſich bei ihnen ebenſo ſehr wiederholt, wie er umgekehrt bei den Inſtituten, die erſt dem neueren Recht ihren Urſprung verdanken, einem andern Platz macht. Um darin ein Werk der naiven, nicht reflektierenden Volksanſchauung zu erblicken, während doch die Abſicht, Berechnung, Planmäßigkeit aus allem hervorleuchtet, müßte man geradezu die Augen ſchließen — ebenſogut könnte man glauben, daß die Konſtruktion der Dampfmaſchine durch Zufall gefunden worden ſei. Wie die Darſtellung des einzelnen ſpäter genauer nachweiſen wird, entfernt ſich die Struktur einzelner dieſer Inſtitute in dem Maße von der natürlichen Geſtalt, die ſie im Leben an ſich tragen, und in der mithin auch die natürliche Auffaſſung des Volks ſie ſich vorzuſtellen pflegt, daß man geradezu von einem Widerſpruch gegen dieſelbe reden kann. So bringt z. B. das ältere Recht den Kauf in die Form zweier einſeitiger Stipulationen, dasſelbe gibt alſo das für die ökonomiſche Würdigung des Kaufs und damit zugleich für die unbefangene Auffaſſung des Laien maßgebende Moment der Zweiſeitigkeit völlig auf, um dies einheitliche Geſchäft juriſtiſch in zwei ſeparate auseinander zu legen — ein Gedanke durch und durch juriſtiſcher Art, der, wenn auch nicht dem Kopf eines Juriſten von Fach, doch jedenfalls dem juriſtiſchen Denken ſeinen Urſprung

verdankt. Vor allem aber tritt jener Zug der Künstlichkeit und Absichtlichkeit im ältern Prozeß hervor, den wir eben darum einer genauern Betrachtung unterziehen müssen, ja jene vermeintliche Naivität und Natürlichkeit der Urperiode schlägt hier in dem Maße in ihr gerades Gegenteil um, daß unser heutiger Prozeß ungleich weniger den Eindruck des Gemachten, Berechneten, Künstlichen macht, als der jener Kindheitsperiode.

Fort also mit jenem Wahn, daß es eine Zeit gegeben — und verlege man sie auch noch so weit zurück —, wo das Recht, wild aufgewachsen wie eine schöne Blume des Feldes auf dem gesegneten Boden des nationalen Rechtsgefühls, der pflegenden Hand des Menschen nicht bedurft hätte! Die Reflexion und Absicht hätten dasselbe freilich nie *schaffen* können, sowenig wie dies der Gärtner bei der Blume kann, allein, was sie können und von jeher getan haben, ist: es pflegen, begießen, beschneiden. Der Anteil, den die menschliche *Tat* an der Entwicklung des Rechts hat und nach der sittlichen Weltordnung einmal haben soll, beginnt bereits in der frühsten Periode, und die heutzutage so verbreitete Ansicht der historischen Schule, welche ihr beliebtes organisches Werden vorzugsweise in diese Periode verlegt, kann es nur darum, weil sie die *Hand* nicht mehr sieht, welche *gehandelt* — das Handeln von der Ferne gesehen erscheint als Werden! Die berechtigte Auflehnung gegen eine frühere Richtung, welche das „Machen" als einzige, wenn nicht ausschließliche Form der Rechtserzeugung betrachtete, und der Widerwille gegen den flachen Rationalismus der Aufklärungsperiode hat die historische Schule ihrerseits in das andere Extrem getrieben, das „Tun" ist in ihren Augen fast mit einem Makel behaftet, jedenfalls bildet das „Werden", d. h. die gewohnheitsrechtliche, unbewußte Bildung des Rechts, ihr Ideal. Sie repräsentiert auf dem Gebiete *unserer* Wissenschaft ganz dieselbe Erscheinung, wie die romantische Schule auf dem der Literatur. Wie letztere mit ihrer poetischen Auffassung vom Mittelalter bereits seit geraumer Zeit einer zwar prosaischeren, aber wahreren Auffassung gewichen ist, so möchte es an der Zeit sein, der Poesie

der „unmittelbaren Rechtserzeugung", des organiſchen Wachstums" und wie ſonſt die beſtechenden Ausdrücke für eine und dieſelbe Sache heißen, die Proſa der Geſchichte entgegenzuhalten, und dies ſoll im folgenden geſchehen.

Berechnung alſo und Abſicht ſind es, die von Anfang an bei der Geſtaltung des römiſchen Rechts mitgewirkt haben — *die juriſtiſche Kunſt iſt ſo alt wie das römiſche Recht ſelber.* Aber zwiſchen ihrem erſten Auftreten und ihrer Blütezeit liegt, wie eine lange Spanne Zeit, ſo auch ein großer Fortſchritt, und zwar nicht etwa bloß ein Fortſchritt des *Grades*, ſondern auch der *Art*. Andere Zeiten andere Aufgaben, andere Aufgaben, andere Mittel und Wege zur Löſung! Die Methode der ſpätern Jurisprudenz in die alte Zeit hinein verlegt, würde hier ebenſo ſehr am unrechten Ort geweſen ſein, als die der letzteren in jene, denn jede von ihnen war berechnet auf das eigentümliche Problem, das ſie zu löſen hatte. Das Problem der alten Zeit aber beſtand darin, die Fundamente des Baues zu legen. Strenge Ordnung, mathematiſche Genauigkeit waren die Eigenſchaften, die hier vor allem geboten waren; die Richtſchnur, das Winkelmaß und das Senkblei ſind die architektoniſchen Symbole dieſer Periode, gerade Linien, ſcharfe Winkel und Ecken die charakteriſtiſchen Merkmale ihres Bauſtils. Aber eben darum, weil die älteſte Jurisprudenz die Beſchränktheit dieſer ihrer Aufgabe richtig erkannt hatte und nicht über ſie hinaus gegangen war, konnte die ſpätere Jurisprudenz, fortbauend auf dem feſten Fundamente, das jene gelegt, ſich den höheren Aufgaben widmen, welche ihr vorbehalten waren, konnte ſie der Ordnung und Regelmäßigkeit die Freiheit und Schönheit hinzufügen und ihre Linien, ſtatt ſie ängſtlich nach der Richtſchnur zu bemeſſen, ohne Gefahr in den kühnſten Wendungen und Verſchlingungen ſich ergehen laſſen.

Verſuchen wir es, mit wenig Zügen eine Skizze der alten juriſtiſchen Kunſt zu entwerfen; der ſpezielleren Darſtellung der folgenden Paragraphen bleibt es vorbehalten, an die Stelle dieſer Skizze das ausgeführte Bild zu ſetzen.

Von den verschiedenen Seiten und Operationen der juristischen Technik, die wir bei unserer allgemeinen Schilderung derselben (§ 38) aufgeführt haben, finden wir bei der altrömischen Jurisprudenz nur zwei in nachweisbarer, aber um so ausgeprägterer Gestalt vor: die juristische Analyse und die juristische Ökonomie. Daß gerade sie historisch zuerst auftreten, hat in ihnen selbst ihren tieferen Grund (§ 49 u. 55), die Gestalt aber, die sie an sich tragen, ist bestimmt teils durch die Zeit des Erscheinens, teils durch ein für die Entwicklung einer jeden Kunst geltendes Gesetz.

Wie alles, was uns aus dem alten Recht überliefert ist, in dem Grundzug der Äußerlichkeit den Stempel seiner Zeit an sich trägt (§ 43—48), so auch die Technik des alten Rechts. So vor allem ihre *Analyse*. Unsere heutige Jurisprudenz und auch die spätere römische scheidet auf innerlichem, begrifflichem Wege, aber das alte Recht scheidet *äußerlich*, d. h. es hält nicht, wie wir, die Begriffe, wo sie in einem einzelnen Fall zusammen auftreten, *innerlich* auseinander, sondern sie trägt dafür Sorge, daß sie im einzelnen Falle gar nicht zusammentreffen können, indem sie jedem von ihnen eine separate Form anweist. Dies geschieht zunächst durch die Theorie der Rechtsgeschäfte (§ 53): jedes Rechtsgeschäft ist nur für *einen* rechtlichen Zweck bestimmt. Es geschieht sodann durch die Organisation des prozessualischen Verfahrens (§ 50, 51): jeder Prozeß behandelt nur einen einzigen Anspruch, und weder von seiten des Klägers, noch des Beklagten darf etwas eingemischt werden, das sich nicht unmittelbar auf diesen Anspruch bezieht. Die Zersetzung des Rechtsverhältnisses, die in unserem heutigen Recht lediglich den Charakter einer an den Richter ergehenden Anforderung an sich trägt, deren Befolgung durch nichts als die juristische Bildung des Richters gesichert ist, ist im älteren Rechte geradezu garantiert durch einen eigenen äußern *analytischen Apparat* — der Richter *kann* sich der Anforderung gar nicht entziehen, der Prozeß selber scheidet für ihn, weil die vorhandenen Klagformen nur analytisch einfache Ansprüche in sich aufzunehmen vermögen.

Dieſer der alten Zeit angehörige Grundzug der Äußerlichkeit wiederholt ſich auch bei dem anderen Zweige der alten Technik: der juriſtiſchen Ökonomie (§ 56—58); die Form, in der er hier zum Ausdruck gelangt, iſt das *Scheingeſchäft*.

Zu dieſem erſten Grundzuge der alten Technik geſellt ſich noch ein zweiter hinzu, der ebenfalls nicht in ihr ſelber, ſondern in einem für die Entwicklung einer jeden Kunſt geltenden Geſetz ſeinen Grund hat. *Der Weg zur Freiheit in der Kunſt geht durch die Unfreiheit.* Der unerläßliche Anfang der Kunſt ſowohl für die Individuen wie für die Völker iſt die ſtrenge, ſklaviſche Anwendung der Regel, nur *der* wird Herr der Regel, der vorher ihr Sklave geweſen. Was dem Meiſter als lebendiges Geſetz ſeiner geſamten künſtleriſchen Anſchauung innerlich zu eigen geworden iſt, das ſteht dem Lehrling noch äußerlich gegenüber als mechaniſches Gebot, dem er ſich blindlings und ohne eigene Prüfung zu unterwerfen hat. Das Verhältnis innerer Unfreiheit prägt ſich in allen ſeinen Leiſtungen aus und drückt denſelben einen ganz beſtimmten Typus auf, der überall die Anfangsſtufen der Kunſt kennzeichnet, den der *Tyrannei der Regel*: Steifheit, Trockenheit, Pedanterie, aber zugleich auch den der ſtrengen Regelmäßigkeit, Folgerichtigkeit, Ordnung.

Das Geſagte gilt auch für die juriſtiſche Kunſt. Auch ſie hat, um zur geiſtigen Freiheit zu gelangen, das Stadium der Unfreiheit zurücklegen müſſen, und ſie trägt, ſolange ſie auch in demſelben verharrt, ganz jenen Typus der Anfangsſtufe der Kunſt an ſich, auf der einen Seite: muſterhafte Ordnung und Einfachheit, mathematiſche Regelmäßigkeit und Genauigkeit, unerbittliche Konſequenz; auf der andern die Kehrſeite dieſer Vorzüge: Starrheit, Umſtändlichkeit, Schwerfälligkeit, Pedanterie. Um einen gegebenen Punkt zu erreichen, räumt die ältere Jurisprudenz, wenn irgend ein Hindernis ſich ihr in den Weg ſtellt, es ſicherlich nicht aus dem Wege, ſondern ſie reſpektiert dasſelbe und ſchlägt lieber einen langen Umweg ein, um zum Ziel zu gelangen: ſie bewegt ſich nicht in der geraden Linie, ſondern im Zickzack. Und ſelbſt die

Erreichung des Zieles allein genügt ihr nicht, ſondern ſie ſucht zugleich in der Art, wie ſie es erreicht, ſich und den von ihr eingeſchlagenen Weg zu rechtfertigen — ſie *deduziert*, *indem ſie operiert*.

Es iſt nicht ſchwer, jene ganze Weiſe der alten Jurisprudenz zu perſiflieren, und es iſt begreiflich, daß Cicero bei ſeiner Abneigung gegen die Jurisprudenz dieſer Verſuchung nicht hat widerſtehen können, es iſt das Urteil, das man dem Unkundigen zugute halten kann. Aber der Kundige wird ſich dadurch in ſeinem Urteil über die alte Jurisprudenz nicht beirren laſſen, er weiß, was ſich hinter der wunderlichen Form birgt. Dem ſklaviſchen Kultus der Regel, der ſelbſt vor der Gefahr des Lächerlichen nicht zurückbebenden Konſequenz und Strenge der Methode verdankt das römiſche Recht jene Vorzüge, die durch alles, was die ſpätere Jurisprudenz geleiſtet, um nichts an ihrem Wert und Glanz verlieren: jene wunderbare Klarheit und Durchſichtigkeit ſeiner ganzen Architektonik, die Deutlichkeit und Schärfe der Grundlinien und Grundformen und die kriſtallartig-ſcharfe Abgrenzung und faſt mathematiſche Gegenſätzlichkeit der einzelnen Begriffe. Das alte Recht iſt in einer Weiſe ſchulgerecht angelegt, daß man glauben möchte, es habe dem praktiſchen Leben überhaupt nicht angehört, es ſei vielmehr rein zu didaktiſchen Zwecken als ein Recht der Schule, eine Art von Mathematik des Rechts erfunden worden; eine Vorſtellung, an der wenigſtens ſo viel wahr iſt, daß nirgends die Schule dem Leben gegenüber eine ſolche Macht behauptet und ein ſolches ſchulmeiſterliches Regiment geführt hat, als im alten Rom (III, 404).

Unter den oben namhaft gemachten zwei Richtungen der juriſtiſchen Kunſt nimmt die analytiſche entſchieden die erſte Stelle ein; wir werden mit ihr beginnen.

I. Die Analytik des Rechts.

Jurisconsulti . . . quod positum in una cognitione est, id in infinita dispertiuntur.
Cicero de leg. II. c. 19.

XLIX. Die mosaische Schöpfungsgeschichte läßt die Erschaffung der Welt ihren Anfang nehmen mit dem Scheiden: im Anfang schied Gott Himmel und Erde, Festes und Flüssiges, Licht und Finsternis. In derselben Weise beginnt auch die juristische Schöpfungsgeschichte des römischen Rechts; ihre ersten Tage gehören ebenfalls dem Werk der Scheidung und Zersetzung. Und zwar war dies nicht Zufall, so daß die juristische Kunst etwa auch an einem andern Punkt ihr Werk hätte beginnen können, sondern, wenn irgendwo, so mußte sie es hier tun. Nicht etwa darum, weil jede Entwicklung, die physische wie die geistige, mit Scheidung beginnt, sondern weil die Jurisprudenz sich erst auf dem Wege der Zersetzung in Besitz der einfachen Bestandteile des Rechts setzen mußte, mit denen sie später zu operieren hatte (§ 39) — es mußte das Alphabet gefunden sein, bevor man ans Lesen und Schreiben denken konnte.

Im richtigen Gefühl von der Unerläßlichkeit dieser Aufgabe wendet sich daher die alte Jurisprudenz mit ihrer ganzen Energie dieser einen Aufgabe zu. Je gedankenärmer sie im übrigen ist, um so höhern Wert gewinnt für sie der eine Gedanke, den sie klar erfaßt hat, und an dem sie zuerst zum Bewußtsein ihrer selbst und ihrer Kunst gelangt: der Gedanke der Zersetzung. Ihre ganze Tätigkeit geht im wesentlichen auf in der Verwertung dieses einen Gedankens, ihre Kunst ist Scheidekunst — das bestimmt

die Bedeutung und den Wert dieser ersten Periode und unterscheidet dieselbe von der Folgezeit der entwickelten Rechtswissenschaft. Was für letztere nur noch ein einzelner und nicht gerade hervorstechender Zweig der Berufsarbeit ist, bildet dort den einzigen. Dieser Grund mag es rechtfertigen, daß ich die Darstellung der analytischen Methode der römischen Jurisprudenz, nicht bloß der ältern, sondern der römischen Jurisprudenz überhaupt an diese Stelle verwiesen habe. Was die spätere Zeit in dieser Richtung leistet, ist mehr eine bloße Nachlese, die wir, um nicht genötigt zu sein, im dritten System auf den Gegenstand zurückzukommen, gleich hier mit berücksichtigen werden. Nur in bezug auf einen Punkt werden wir Veranlassung haben, der analytischen Methode im dritten System noch einmal unsere Aufmerksamkeit zuzuwenden; es ist dies die Veränderung, die in der späteren Zeit in bezug auf ihre äußere Form vor sich geht. Die neuere Jurisprudenz behält den Grundgedanken der Zersetzung vollauf bei, aber der Handhabung desselben vollkommen mächtig, läßt sie das äußere Rüstzeug, dessen die ältere bedurfte, fallen und vollzieht die Operationen innerlich, ohne sie äußerlich in der Form hervortreten zu lassen.

Für unser obiges Urteil über den analytischen Charakter der alten Kunst ist es weder nötig noch möglich, Äußerungen römischer Juristen in Bezug zu nehmen, da das ältere Recht uns vollkommen instand setzt, uns selber unser Urteil zu bilden. Dagegen gewährt uns Cicero in dem als Motto über diesem Paragraphen benutzten Ausspruch einen beachtenswerten Wink. Dieser Ausspruch, insoweit er einen Tadel gegen die Jurisprudenz begründen sollte, nur ein Beweis für die juristische Urteilslosigkeit seines Urhebers, enthält doch als faktische Wahrnehmung, als Zeugnis über den Eindruck, den die juristische Literatur auf Cicero machte, eines der interessantesten Urteile über die alte Jurisprudenz, das unsere heutige Rechtsgeschichtsschreibung sich nicht hätte entgehen lassen sollen. „Was auf einem Begriff beruht, zerspalten die Juristen in unzählige Stücke.“ Der Vorwurf war zwar zunächst

gegen die Zeitgenossen Ciceros gerichtet, allein er glitt von ihnen um einige Jahrhunderte auf ihre Vorgänger zurück, denn die bei weitem meisten Einteilungen und Begriffsspaltungen, welche in den Schriften der ersteren vorkamen, stammten aus alter Zeit und gehörten nicht sowohl der Schule als dem Recht an, sie waren, wie z. B. die Klagen, weniger theoretische Ideen, als praktische Potenzen. Was aber Cicero hier als Gebrechen der juristischen Wissenschaft seiner Zeit kennzeichnet, war nichts als der analytisch-juristische Geist des römischen Rechts, und nur indem er die totale Verschiedenheit des Gesichtspunktes, durch den der Philosoph, und durch den der Jurist sich bei seiner Begriffszersetzung leiten zu lassen hat, übersah, konnte er dahin gelangen, der alten Jurisprudenz zum Vorwurf anzurechnen, was das Lebensgesetz des Rechts ausmacht und ihr zur ewigen, unvergänglichen Ehre gereicht. Berechtigt wäre der Tadel nur dann gewesen, wenn die Jurisprudenz bei ihren Einteilungen den praktischen Zweck außer Augen gelassen und sich von einer derartigen formaldialektischen Scheidewut hätte hinreißen lassen, wie sie in Zeiten wissenschaftlicher Impotenz als Zerrbild wahren Denkens aufzutreten pflegt. Das alte Recht, welches uns sonst ein so reiches Material für die Schilderung der analytischen Methode an die Hand gibt, bietet für diesen letzten Vorwurf auch nicht die geringste Handhabe dar, im Gegenteil, alle seine Begriffe, so fein gespalten sie auch sein mögen, finden in einem praktischen Motiv ihre Rechtfertigung, wie dies der Verlauf der Darstellung dartun wird. Zu Ciceros Zeit war übrigens bereits in der wissenschaftlichen Methode ein Umschwung eingetreten, welcher, indem er der Wissenschaft andere Ziele, Ideen und Wege eröffnete, der ausschließlichen oder auch nur vorherrschenden Richtung auf die Analyse ein Ende machte. Gerade die sonstige Gedankenarmut und Beschränktheit des älteren Rechts hat, wie schon bemerkt, dem Flor der analytischen Kunst großen Vorschub geleistet, und wohl nie in der Geschichte hat letztere selbst sich zu einer solchen Höhe der Virtuosität erhoben und das Problem der Zersetzung des Rechts nicht bloß so

meisterhaft gelöst, sondern auch so sehr zur Anschauung gebracht, als im alten römischen Recht. Namentlich diese letztere Tatsache kann ich nicht genug hervorheben. Es lassen sich Aufgaben vollkommen richtig lösen, aber ohne daß ein Dritter instand gesetzt würde, den Weg zu erkennen, auf dem dies geschehen ist, und anderseits gibt es eine Art der Lösung, bei der jeder Schritt zum Ziele gewissermaßen vor den Augen der Zuschauer geschieht, Weg und Ziel, Resultat und Mittel, wie bei einem arithmetischen Exempel, ihm als ein Ganzes gleichzeitig offen vorliegen. In der letztern Weise operiert die analytische Methode des älteren Rechts. Wie unter einem durchsichtigen Glase das Innere einer Maschine, so arbeitet sie unter unsern Augen, gleich als ob der Mechanismus eigens zur Belehrung, zum Schulunterricht verfertigt worden wäre; was anderwärts bloß auf dem Wege des inneren Denkens vor sich geht, geschieht hier in der Form einer sichtbaren äußerlichen Einrichtung — im alten Prozeß sieht man das Rechtsverhältnis, sozusagen, unter das Schneidewerk geraten, wodurch es zersetzt werden soll. Eben wegen dieser Sichtbarkeit der prozessualischen Prozedur will ich meine Darstellung mit dem Prozeß beginnen. Dieselbe würde sonst eigentlich einen andern Gang zu nehmen haben. Sie müßte zuerst nachweisen, wie sich die analytische Methode an der Zersetzung der *Rechtsbegriffe* betätigt hat (das *Alphabet* des alten Rechts), dann wie sie die *Anwendung* derselben beherrscht, und zwar zuerst im *Rechtsgeschäft* und sodann im *Prozeß*. Aus dem angegebenen Grunde schlage ich den entgegengesetzten Weg ein, bei dem ich mich zuerst

I. der *konkreten* Analyse zuwende. Sie hat zum Gegenstande die analytische Behandlung des *konkreten Rechtsverhältnisses*

A. im *Prozesse*, und zwar

1. analytischer Mechanismus des Prozesses im allgemeinen (§ 50);
2. der Angriff, die Klage (§ 51);
3. die Verteidigung (§ 52);

B. im Rechtsgeschäft (§ 53);

II. Die abstrakte Analyse oder die Zersetzung in Anwendung auf die Begriffe, und zwar

1. die analytische Struktur der Rechte (§ 54) und
2. die analytische Gestaltung des Tatbestandes (§ 55).

A. Der Prozeß.

1. Analytischer Mechanismus desselben.

Relativ frühe Entwicklung des Prozesses. — Anteil des analytischen Gedankens an der Organisation des altrömischen Prozesses. — Der Zersetzungszwang des Aktionensystems. — Fixierung des Moments der Litis-Kontestation. — Idee der prozessualischen Cäsur.

> Illud enim video in hoc foro fieri ... separantur actiones et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi ... Lex legi non miscetur, utraque sua via it, depositum habet actionem propriam tam mehercule quam furtum.
>
> Seneca de benef. VI 5. 6.

L. Wozu bedarf der Zivilprozeß eines „Mechanismus"? Was hat die Gesetzgebung nötig, über das prozessualische Verfahren Bestimmungen zu erlassen? Dieselben können offenbar nur den Zweck haben, die Auffindung der Wahrheit zu fördern, indem sie den zweckmäßigsten Weg dafür festsetzen; warum aber die Parteien zwingen, diesen Weg einzuschlagen, da ihr eigenes Interesse sie von selbst dazu veranlassen wird? So scheint denn der Prozeß, d. i. der durch gesetzliche Vorschriften geregelte Gang der Verhandlung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, nur ein Ausfluß der polizeilichen Bevormundungstheorie zu sein.

Es würde jemand nicht viele Prozesse zu führen brauchen, um sich von der Irrigkeit dieser Ansicht zu überzeugen. Rechtspflege und gesetzliche Ordnung des prozessualischen Ver-

fahrens ist gleichbedeutend, denn Freiheit des Verfahrens heißt Freiheit der Unordnung: der Laune, Willkür, Parteilichkeit auf seiten des Richters, der Schikane und der Verschleppung des Prozesses auf seiten der Parteien. Freilich, wäre das Suchen nach Wahrheit auf seiten der Parteien ein ebenso uninteressiertes, wie es auf seiten des Richters sein soll, das Recht brauchte beide dabei in keiner Weise zu beschränken. Allein dem Interesse an der Ermittlung der Wahrheit auf seiten des Klägers steht auf seiten des Beklagten das gerade entgegengesetzte gegenüber, und eben dieser Umstand allein schon würde eine Ordnung des Prozesses nötig machen, der sonstigen Rücksichten, die dabei noch ins Gewicht fallen, zu geschweigen.

Die gesetzliche Regelung des prozessualischen Verfahrens oder sagen wir kurz: der Prozeß ist demnach eine Notwendigkeit. Wie bei fast allen Institutionen die Vorteile, die sie gewähren, durch gewisse Nachteile erkauft werden müssen, so auch beim Prozeß, und gerade er läßt sich jene recht teuer, ja bei fehlerhafter Organisation sogar unerträglich hoch bezahlen. Es ist ein Leichtes, eine Beschreibung vom Prozeß zu entwerfen, welche ihn dem Unkundigen im abschreckendsten Licht erscheinen läßt, ohne daß man dabei nötig hätte im mindesten zu übertreiben. Oder wäre es Übertreibung, wenn wir ihn folgendermaßen definieren wollten? Der Prozeß ist eine Einrichtung, welche die Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung häuft und vermehrt, indem sie zu den materiellen Fragen des Streitverhältnisses noch die formellen des Verfahrens hinzufügt — welche den Richter in der Ermittlung der Wahrheit beschränkt und hemmt und ihn nicht selten zwingt, ein Urteil zu fällen, das mit seiner Überzeugung im Widerspruch steht —, welche die Widerstandskraft des Unrechts gegen das Recht erhöht und in ihren Formvorschriften Netze und Fußangeln ausstellt, in denen sich oft die gerechteste Sache fängt. Alles dies ist in dem Maße begründet, daß es nicht einmal eine besonders fehlerhafte Organisation des Prozesses voraussetzt, sondern in der Idee des Prozesses selbst gelegen ist, aber eben dieser Umstand beweist mehr als alles

andere, wie unschätzbar die Vorteile des Prozesses sein müssen, wenn man einen solchen Preis von jeher nicht zu hoch gefunden hat.

Im Anfang ihrer Geschichte werden die Völker diese Erfahrung von der Notwendigkeit des Prozesses teuer haben bezahlen müssen, aber diese Erfahrung gehört jedenfalls zu den frühsten, die sie überhaupt gemacht haben, denn der Prozeß selbst gehört zu den frühst entwickelten Rechtsinstitutionen.[1]) Zu einer Zeit, da die materiellen Rechtsbegriffe erst in sehr schwachen Umrissen für uns sichtbar werden, begegnet uns der Prozeß bereits in ausgebildeter und präzisierter Gestalt, er bildet einen der ältesten Gegenstände der Gesetzgebung (II 653, 654). Wie sehr ändert sich dies später! Wie sehr treten hier die prozessualischen Gesetze gegenüber den materiellen in den Schatten, welche enorme Fortschritte macht das materielle Recht, wie geringe das Prozeßrecht!

Daß der Prozeß im Anfang der Geschichte sich in dem Maße in den Vordergrund drängt, erklärt sich sehr einfach. Der Prozeß ist eine Einrichtung, die unbestritten der Reflexion und Berechnung ihren Ursprung verdankt, denn wer auch noch so sehr der Ansicht huldigt, daß die Völker ihre Rechtsbegriffe mit auf die Welt gebracht haben, für den Prozeß wird auch er nicht umhin können, zuzugeben, daß sie ihn machen, ihn erst suchen und probieren mußten, bis sie das Richtige fanden. Daher gehören Prozeßreformen zu den ältesten, von denen die Rechtsgeschichte zu berichten weiß, sie bezeichnen uns eben jene Periode des Suchens; darum aber auch werden sie späterhin im Vergleich zu den An-

1) Außer dem römischen Recht verweise ich auf Island (K. Maurer, Die Graagans, Bericht von Rive in Pözl, Krit. Vierteljahrsschrift VII S. 66: „die ältesten Aufzeichnungen betreffen vornehmlich — — die Dingverfassung und weniger das Privatrecht. Erst gegen das Ende des vorzugsweise der juristischen Literatur zugewandten Zeitraums, als die Jurisprudenz bereits gewandter, scharfsinniger und spitzfindiger geworden war, dürfte auch das bürgerliche Recht eingehendere Behandlung gefunden haben") und auf England (Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 54: „Überwuchern des Prozesses über das materielle Recht").

derungen des materiellen Rechts so selten, denn wenn das Richtige im Prozeß einmal gefunden ist, bedarf es des Suchens nicht mehr, und Änderungen in der Volksanschauung, im Leben usw. üben auf den Prozeß, bei dem es sich nicht um sittliche Ideen, sondern lediglich um Zweckmäßigkeit handelt, einen ungleich geringeren Einfluß aus, als auf die Institute des materiellen Rechts. Ohne die Rückwirkung der politischen Veränderungen auf die Gerichtsverfassung hätte der Formularprozeß in Rom sich mutmaßlich noch Jahrhunderte halten können.

Die Präponderanz des Prozesses in der Kindheitsperiode des Rechts äußert sich in doppelter Weise. Einmal in seiner eigenen relativ frühen und energischen Durchbildung. Dieselbe dokumentiert sich in formeller Beziehung in der reichen und detaillierten Ausbildung der prozessualischen Formen, in materieller Beziehung in der Strenge der zur Anwendung gelangenden prozessualischen Grundsätze. In beiderlei Hinsicht sollte man sagen, daß der Druck des Prozesses der damaligen Zeit ungleich fühlbarer hätte werden müssen, als uns heutzutage. Aber jene Zeit scheint bei ihrer robusten Natur für die Reibung des Prozesses (worunter ich die oben angedeuteten unvermeidlichen Übelstände desselben verstehe) weniger empfindliche Nerven besessen zu haben, als wir. Diese Reibung ist heutzutage eine ungleich geringere als damals, die Prozeßmaschine, wie alle Maschinen, ist eine vollkommnere geworden. Die Präponderanz des Prozesses bewährt sich aber zweitens auch am materiellen Rechte, insofern er nämlich allen denjenigen Partien desselben, die, wenn ich so sagen darf, nach der Prozeßseite hin liegen, einen prozessualischen Stempel aufprägt.[1a]) Von einer solchen Einwirkung läßt sich heutzutage kaum sprechen, in jener Zeit hingegen ist sie eine höchst beträchtliche. Beleuchtet und erhellt von demselben Licht, das zuerst über den Prozeß sich ausbreitet, haben alle jene dem Prozeß zugekehrten

---

1a) Was darunter zu verstehen, darüber s. III 652 und die folgenden beiden §§.

Institute oder Begriffe des materiellen Rechts in ihrer Entwicklung einen entschiedenen Vorsprung gewonnen vor den ihm abgewandten.[1b])

Es knüpft sich hieran eine eigentümliche Erscheinung für das spätere Recht: der Prozeß verändert sich, aber die durch ihn hervorgerufenen und auf ihn berechneten Sätze des materiellen Rechts erhalten sich noch eine Zeitlang durch die Macht der Tradition, so wie die Spitzen der Berge noch eine Zeitlang beleuchtet bleiben, nachdem die Sonne bereits untergegangen ist. Wer diesen eigentümlichen Sachverhalt nicht kennt, kann durch diese Erscheinung leicht irre geführt werden und müht sich vergebens ab, die Lichtquelle zu entdecken. Statt aller andern Beispiele verweise ich auf die Erklärung des Satzes: impensae necessariae dotem ipso jure minuunt in § 52.

Die Gestaltung des prozessualischen Verfahrens ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit oder der legislativen Politik. Daraus, daß der Zweck des Prozesses in einer Analyse des Rechtsverhältnisses besteht, das Entscheiden regelmäßig durch Scheiden geschieht, folgt noch keineswegs, daß der Gedanke der Analyse auf jene Gestaltung einen bestimmenden Einfluß ausüben, der Mechanismus des Prozesses selbst ein analytischer sein müsse. Unser heutiger Prozeß z. B. läßt in seiner Struktur den analytischen Zweck gar nicht weiter hervortreten, letzterer vollzieht sich vielmehr, ohne durch eine äußere Einrichtung des Verfahrens unterstützt oder garantiert zu werden, lediglich durch die subjektive Denktätigkeit des Richters. Das verwickeltste Rechtsverhältnis kann sich ihm

1b) Der Nachweis des ursprünglichen Zusammenhanges des materiellen Rechts mit dem Prozeß und der allmählichen Lockerung dieses Bandes würde zu den interessantesten rechtshistorischen Untersuchungen größeren Stils gehören, selbstverständlich dürfte sie nicht auf das römische Recht beschränkt werden, sondern müßte insbesondere auch das deutsche Recht in den Kreis der Betrachtung ziehen, das in dieser Beziehung, soweit ich darüber ein Urteil habe, außerordentlich lehrreich ist. Ein solches Buch würde für die wahrhafte Erkenntnis des Rechts förderlicher sein als ganze Wagenladungen voll der gewöhnlichen zivilistischen Abhandlungen.

nahen, ein ganzer Knäuel von Ansprüchen von der einen wie der andern Seite, ohne daß der Prozeß selber ihm die geringste Beihilfe gewährt, diesen Knäuel durch Sonderung der einzelnen Fäden zu entwirren. Der Besitz der Rechtskenntnis, deren der Staat sich heutzutage in der Person seiner Richter versichert, gewährt die Garantie oder soll sie wenigstens gewähren, daß der Richter dazu imstande ist; ist er es nicht, so zwingt der bloße Mechanismus des Prozesses ihn nicht zum Scheiden.

Kann denn der Prozeß ihn zum Scheiden zwingen? — höre ich fragen; wenn es eine solche prozessualische Scheidemaschine gäbe, die dem Richter das Zersetzen abnähme oder auch nur erleichterte, würden wir uns dieselbe entgehen lassen? Vielleicht doch — vielleicht ist uns nur der Preis zu teuer!

Jene Maschine nämlich ist in der Tat von den Römern erfunden worden und jahrhundertelang in Gebrauch gewesen. Sie beruht auf dem oben in unserm Motto von Seneca in bezug auf die Gegenforderungen des Beklagten ausgesprochenen Gedanken, daß in je einem Prozeß nur über je einen Anspruch verhandelt werden kann, daß also, wo ein Verhältnis mehrere Ansprüche in sich schließt, dasselbe in ebenso viele separate Klagen und Prozesse aufgelöst werden muß, als Ansprüche vorhanden sind, nicht aber, wie es in unserm heutigen Recht möglich ist, *als solches* in seiner Totalität in einem einzigen Prozeß zum Gegenstand richterlicher Untersuchung gemacht werden kann — die römische Prozeßmaschinerie ist nur auf einfache, nicht auf zusammengesetzte Körper eingerichtet. Das Scheiden erfolgt nicht, wie bei uns, *in*, sondern *vor* dem Prozeß, nicht durch den *Richter*, sondern durch den *Kläger*, es konnte nur je ein Anspruch von der Partei vor den Richter gebracht werden, das Öhr, in das der Faden eingefädelt werden mußte, war so eng, daß es nur einen einzigen zur Zeit aufnahm. Die Nötigung zu dieser vorprozessualischen Ausscheidung lag im römischen *Aktionensystem*. Keine Sache konnte anders vor den Richter gelangen, als in Gestalt einer der vorhandenen *Aktionen*. Letztere aber waren nicht etwa wie die

Stipulation bloße Einkleidungsformen für jeden beliebigen konkreten Inhalt, dem sie sich elastisch angeschmiegt hätten, sondern sie waren starre, unabänderliche Typen, verschieden nach Art und Natur des Anspruchs und nur passend für denjenigen Inhalt, der ganz genau die Größe und das Maß hatte. Eine Klage *ohne* diese Form war eine Unmöglichkeit — es gab keine Klage schlechthin, sondern nur eine bestimmte Zahl von einzelnen genau formulierten *Aktionen* (III § 47[c]); da aber jede Aktio nur der prozessualische Ausdruck für einen abstrakt erfaßten *einfachen* Anspruch war (§ 51), so folgte daraus mit Notwendigkeit, daß jeder konkrete Anspruch, der in derselben Platz gefunden, eben damit sich als *einfachen* dokumentiert hatte.

Jede Klage war eine Frage an den Richter (judex im römischen Sinn), und zwar, wie oben bemerkt, eine *einzige*;[1c]) so viele Fragen man also an ihn richten wollte, so vieler Prozesse bedurfte es. Die Frage war gestellt, nicht wie die des heutigen Beweisinterlokuts, auf einzelne Tatsachen, sondern auf die *Existenz des Anspruchs*;[2]) eine weitere Auflösung der Frage nach Art der Fragstellung an unsere heutigen Geschwornen fand in Rom nicht statt. Die Fassung der Frage war ursprünglich die einer *Suggestivfrage*, d. h. eine solche, daß der Richter sie mit Ja und Nein beantworten konnte und mußte (intentio certa), die Urteilsform war ihm schon in den Anträgen der beiden Parteien vorgezeichnet, so daß er nur zwischen den beiden von ihnen proponierten Urteilsentwürfen zu wählen brauchte (sacramentum justum — injustum esse, rem actoris esse, non

---

1[c]) Dasselbe verlangt Cicero hinsichtlich der dem Senat vorzulegenden Fragen, de legib. III, 4. 11: ne plus quam de singulis rebus simul consulunto.

2) Im Formularprozeß: formula in jus concepta: rem actoris esse, jus esse eundi, — dare oportere usw.; Gaj. IV, 41, 45. (Die actiones in factum conceptae [ib. 46] sind späteren Ursprungs, s. drittes System.) Auch im englischen Strafprozeß ist die Frage an die Geschwornen in jus konzipiert: Schuldig oder Nichtschuldig.

esse, dare oportere, dare non oportere uſw.). Darin liegt, daß auch der Geldbetrag des Anſpruchs, wo nämlich die Kondemnation auf Geld und nicht auf die Sache ſelbſt ging, in der Klage genannt werden mußte; denſelben völlig unbeſtimmt zu laſſen (intentio incerta) und mit einem bloßen: quidquid N. N. ob eam rem Ao. Ao. dare facere oportet zu begehren, widerſtritt durchaus dem urſprünglichen prozeſſualiſchen Frageſyſtem und wäre namentlich mit der Urteilsform im Sakramentsprozeß abſolut unverträglich geweſen.

Dem bisherigen nach werden wir behaupten dürfen: die Anforderung einer Zerſetzung des Rechtsverhältniſſes, die bei uns lediglich als ein bloßes *Sollen* an den Richter ergeht, war im römiſchen Prozeß eine in die *Anſtalt* verlegte prozeſſualiſche *Notwendigkeit*; die Römer haben es verſtanden, einen prozeſſualiſchen Mechanismus mit *Zerſetzungszwang* zu erfinden. Dieſen Zwang üben die Aktionen allerdings zwar zunächſt nur gegen den *Kläger* aus, allein der ganze Zweck der Einrichtung wäre vereitelt worden, wenn dasſelbe Geſetz, das für den Kläger galt: *ein Prozeß, eine Frage*, nicht auch für den Beklagten gegolten hätte. Von welcher *Seite* ungehörige Fragen in den Prozeß eingemiſcht wurden, war, wenn einmal dieſe Einmiſchung für bedenklich erkannt worden war, vollkommen gleichgültig, und dem Beklagten geſchah damit, daß er in ſeiner *Verteidigung* lediglich auf die vom Kläger angeregte Frage beſchränkt und mit ſeinen ſelbſtändigen Gegenanſprüchen auf ein beſonderes Verfahren verwieſen ward, ebenſowenig ein Unrecht, wie dem Kläger, wenn ihm ein Gleiches rückſichtlich derjenigen Klagen geſchah, die ihm zur Verfolgung ſeines Zweckes ſonſt noch zu Gebote ſtanden. So wie die richterliche Unterſuchung, ſo ward auch die Verteidigung des Beklagten durch die Klage ſtreng fixiert, beide konnten nicht nach der Seite ausſchweifen, nicht zugleich einräumen und ein „Aber“ hinzufügen, ſondern beide hatten nur die Wahl zwiſchen einem kategoriſchen Ja oder Nein.

Die bisherige Schilderung der analytiſchen Struktur des römi-

schen Prozesses hat nur in allgemeinen Umrissen gezeichnet, was die folgenden beiden Paragraphen genauer ausführen und beweisen sollen. Der Grund, warum letzteres nicht schon an dieser Stelle geschieht, besteht darin, daß die Analytik des römischen Prozesses mit dem bisherigen noch keineswegs erschöpft ist, des Totaleindrucks wegen aber eine zusammenhängende, durch keine ausführlichen Detailuntersuchungen unterbrochene Darstellung derselben wünschenswert war. Erst am Schlusse unserer ganzen Untersuchung wird es am Platz sein, die Frage vom Wert der römischen Einrichtung in ihrer etwaigen Brauchbarkeit für unser heutiges Recht aufzuwerfen.

Der Gedanke der Fixierung der richterlichen Aufmerksamkeit auf einen einzigen Punkt, dem das System der römischen Klagen seinen Ursprung verdankt, erweist sich auch nach einer andern Richtung hin für den römischen Prozeß höchst fruchtbar, nämlich in bezug auf die Beachtung, die der Richter dem Verhalten des Streitgegenstandes während des Prozesses angedeihen zu lassen hat. Wenn der Streitgegenstand während des Prozesses sich verändert, z. B. abnimmt, zunimmt, untergeht, wenn er im Preise steigt, sinkt oder dem Besitzer abhanden kommt, so wirft sich die Frage auf, wie soll die richterliche Beurteilung sich dazu verhalten? Hat sie Akt davon zu nehmen, so kann dies ganz ebenso, wie wenn bei einer sonstigen Untersuchung das Objekt während derselben sich bewegt, recht störend in den Gang des Prozesses eingreifen, die ganze bisherige Disposition des Prozesses verrücken, ganz neue Verhandlungen und gar ein Wiederaufnehmen bereits erledigter Punkte nötig machen. Das neuere römische Recht hat sich durch diese Gefahr nicht abhalten lassen, der Stimme der Billigkeit, welche eine Berücksichtigung dieser Veränderungen fordert, Gehör zu geben, allein das ältere Recht hat auch hier, wie so oft, die Interessen der Ordnung höher gestellt, als die der Billigkeit, es erklärt alle jene Veränderungen für einflußlos und verweist den

Richter einzig und allein auf den Moment, in dem der Prozeß vor ihm beginnt, d. h. den der Litiskonteſtation, was die an ihn gerichtete Frage formell dadurch ausdrückt, daß ſie auf das Präſens: rem, jus actoris esse, dare facere oportere, alſo auf den Moment lautet, wo ſie an ihn ergeht; ſo wie die Sachlage in dieſem Moment beſchaffen iſt, ſoll ſie die Grundlage des ganzen Verfahrens bilden. Der Richter ſtellt ſich bei Abgabe des Urteils nicht auf den Standpunkt der Gegenwart, um den ganzen Verlauf des Prozeſſes rückwärts zu verfolgen und dementſprechend auch die Veränderungen des Streitgegenſtandes während desſelben in Betracht zu ziehen, ſondern er ſtellt ſich auf den Moment der Litiskonteſtation, ohne von da aus den Blick vorwärts oder rückwärts zu wenden. Dieſe letztere Behandlungsweiſe enthält abermals einen Anwendungsfall der analytiſchen Methode, was auf den erſten Blick nicht ſo einleuchtend iſt. Wie die Aktio mit dem Rechtsverhältnis, ſo verfährt ſie mit dem Tatbeſtande der Klage, beide ſcheiden aus einem Ganzen ein Stück aus: jene aus einem Gedankenganzen, den Tatbeſtand dieſer beſtimmten Klage, dieſe aus einem Zeitganzen, den flüchtigen Moment der Litiskonteſtation. Wie bei einem Lichtbilde wird dieſer vorübergehende Moment aufgefangen und fixiert, und wie immerhin auch der Gegenſtand ſelber ſich ändere, der Richter hält ſich lediglich an das in dem beſtimmten Moment fixierte Bild. So ſetzt ſich in dieſer Ausſcheidung der Ausſcheidungsprozeß, der mit der Klage beginnt, nur fort, denn von dem Tatbeſtande der Klage, den letztere aus dem Geſamtrechtsverhältnis der Parteien ausgeſondert hat, ſondert jene wiederum einen einzelnen Daſeinsmoment aus — eine punktualiſierende Behandlungsweiſe, die das ältere Recht, wie wir an anderer Stelle zeigen werden, auch bei dem Rechtsgeſchäft ſtreng feſthält, während das neuere in beiden Anwendungsfällen den Zeitraum an die Stelle des Zeitpunktes ſetzt, d. h. für den Prozeß wie das Rechtsgeſchäft ein Werden anerkennt.

In ungleich höherem Grade als bei dem Streitgegenſtande iſt dieſe Fixierung beim Streit ſelbſt erforderlich. Wir können

uns auch hier zwei Möglichkeiten denken: die eine, welche den Streit bis zum Moment des Urteils im Zustande der Flüssigkeit, des Fluktuierens verharren läßt, die andere, welche ihn schon vorher in feste Formen zwingt, ihn stückweise, sozusagen, erstarren läßt. Bei jener Behandlungsweise würde alles, was bis zum Urteil geschähe, noch rechtzeitig geschehen — während des Prozesses, könnte man sagen, *geschehe* nichts, sondern es bereite sich bloß ein künftiges Geschehen vor, es häufe und sammle sich bloß das Material zum Urteil; in welchen Moment des Prozesses die einzelnen Behauptungen und Beweise fielen, wäre gleichgültig, Nachträge und Berichtigungen wären bis zum Schluß verstattet, der Schluß selber aber würde nicht auf einem innern Abschluß des Streites, sondern auf reinem Belieben des Richters beruhen. Es genügt, sich diese Behandlungsweise zu vergegenwärtigen, um sie als eine unmögliche zu erkennen. Sie würde den „Streit" (lis) zu einem „Gezänke" (jurgium) herabsetzen, auf- und abwogend gleich der Welle, ohne aus der Stelle zu kommen. Ein neues, vielleicht bloß aus Schikane bisher unterlassenes Vorbringen von seiten der Partei, die Erkenntnis des Richters, daß der Prozeß bisher in einer verkehrten Richtung geführt worden sei, würde ihn, nachdem er schon beim Ende angelangt schien, zu seinen Anfängen zurückwerfen.

Darum bedarf es einer bestimmten Ordnung für den Prozeß, einer Disziplinierung des Streites, welche, indem sie einerseits die Parteien beschränkt, ihnen anderseits gegen richterliche Willkür und Parteilichkeit und die Schikane der Gegenpartei, welche in der Regellosigkeit des Verfahrens das sicherste Versteck besitzen, Schutz gewährt. Diese Disziplin des Streits besteht darin, daß dem Prozeß ein bestimmter Gang vorgezeichnet und dementsprechend allem, was zu geschehen hat, eine bestimmte Stelle und Zeit gesetzt wird, wovon die Ausschließung versäumter Handlungen nur die notwendige Folge ist. Hier kommt der Prozeß, wie sein Name (procedere) es bekundet, wirklich aus der Stelle und ist gegen die Gefahr gesichert, einen bereits zurückgelegten Weg zum

zweitenmal machen zu müssen, oder in einem spätern Stadium, wie man es ausgedrückt hat, zu seinen Anfängen zurückverschlagen zu werden.

Welche Gemeinschaft aber hat diese Behandlungsweise mit der analytischen Methode? Sie entlehnt derselben wenigstens eine Idee, nämlich die der Zerlegung des Prozesses in gewisse Stadien, von denen jedes seine eigentümliche Bedeutung und Wirkung hat, und das Resultat des vorausgehenden die Basis des folgenden wird — die Methode der stückweisen Erledigung der Aufgabe, man kann sie als die Idee der prozessualischen Cäsur bezeichnen.

Der römische Prozeß hat von jeher drei Cäsuren gehabt, die erste: das Stadium der Vorbereitungshandlungen und der Feststellung des Streitpunktes, endend mit der Litiskontestation (Verfahren in jure), die zweite: das Stadium der Verhandlung vor dem Richter (judex im römischen Sinn), endend mit dem Endurteil (Verfahren in judicio), die dritte: das Stadium der Exekution. Jedes dieser drei Stadien erfaßt und behandelt den Anspruch in einer andern Gestalt, das erste: in seiner ursprünglichen, außerprozessualischen, das zweite: in der, die er durch die Litiskontestation, das dritte: in der, die er durch das Urteil gewonnen hat. Bei der Obligation bringen die römischen Juristen den gestaltenden Einfluß, den der Prozeß auf sie ausübt, unter den Gesichtspunkt der Konsumtion und Novation und drücken dies in dem Satz aus: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.[3])

Wir wenden uns jetzt der Aufgabe zu, die wir oben ausgesetzt haben, der genaueren Ausführung des analytischen Charakters der römischen Aktionen.

---

3) Gaj. III, § 180.

2. Die Aktionen prozessualische Reagenzien.

Kasuistische Erläuterung. — Unzulässigkeit der Klagenkumulation. — Das Gesetz der Scheidung der Klagen. — Auffindung desselben auf induktivem Wege. — Individualitätsmoment des Eigentums, der Obligation und des Erbrechts — kasuistische Erprobung des Gesetzes.

> Majores nostri subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt. Justinianus in l. 12 Cod. de praes. longi temp. (7. 33).

LI. In unserer heutigen Theorie und Praxis spielen die römischen Klagen zwar noch dem Namen nach eine große Rolle, allein, wenn diese Namen sich wieder beleben würden zu dem, was sie einst waren, sie würden mit Protest zurückgewiesen werden. Wer würde heutzutage auf die Idee kommen, ein ihm gestohlenes Fuhrwerk vom dritten Besitzer in der Weise zurückzufordern, wie es das römische Recht verlangt, d. h. jedes Pferd und den Wagen und die einzelnen darauf befindlich gewesenen Sachen sämtlich mit einer besonderen Reivindikation? Wie viele Praktiker würden gegen eine solche Idee schon dadurch geschützt sein, daß sie sich derselben gar nicht bewußt sind! Ist doch selbst die Theorie bei ihrer Schilderung *römischer* Klagen oft recht unrömisch in die Irre gegangen; sie kannte z. B. eine Servitutenklage, die zugleich auf Anerkennung der Servitut, Schadenersatz und auf Kaution für zukünftige Störungen gerichtet ist.[4]) Kein römischer Jurist würde dieselbe als echt anerkennen, darin vielmehr nur einen Bastard römischer und moderner Ideen erblicken. Des Kontrastes wegen will ich die römische Behandlungsweise einmal an einem Beispiel veranschaulichen. Es hat jemand auf seinem Laude den Lauf des Regenwassers zum Nachteil seines Nachbarn unbefugterweise geändert; wie kommt der Nachbar zu seinem Recht? Der Jurist Paulus gibt uns darauf Antwort:[5]) es bedarf *vier* Klagen! Der einen (act. aquae pluviae arcendae), um die getroffene Anlage

4) So z. B. Puchta § 191 (act. confess.), § 172 (act. negatoria).
5) L. 14 § 2—4 de aq. pl. (39. 3).

rückgängig zu machen, einer zweiten (interd. quod vi aut clam), um Schadenersatz für die bisher erlittenen Nachteile zu erwirken, einer dritten (Klage aus der dem Beklagten aufzuerlegenden cautio damni infecti) zur Sicherung gegen Änderungen nach dem Urteil, und endlich wegen der im Lauf des Prozesses etwa getroffenen Änderung einer eigenen zweiten act. aq. pl. arc.

Dieses eine Beispiel wird mehr, als lange Ausführungen es vermöchten, dem Leser eine Anschauung von dem analytischen Charakter der römischen Klagen gegeben haben. Nicht um den Eindruck desselben zu verstärken, sondern weil ich derselben für die Folge als Material bedürftig bin, will ich noch eine Reihe anderer Beispiele hinzufügen.

Es ist dabei nicht außer acht zu lassen, daß die streng analytische Struktur mancher Klagen im neueren Recht nicht selten verwischt worden ist, indem dieselben auf Zwecke ausgedehnt worden sind, welche im früheren Recht entweder überhaupt nicht verfolgbar waren oder nur in Form von besondern Klagen. Daß die Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, auch gegen den angestellt werden können, welcher den Besitz doloserweise aufgegeben hat, ist bekanntlich ein Satz des neuern Rechts, aber auch wenn äußere Zeugnisse uns dies nicht ausdrücklich meldeten, würden innere Gründe uns zu dieser Annahme nötigen, denn dieses Umschlagen einer reipersekutorischen Klage in eine pönale[7]) enthält vom Standpunkt des ältern Rechts aus eine Unmöglichkeit. Letzteres hält die beiden Klagen in dem Maße streng auseinander, daß es selbst bei Delikten, wo aus demselben Faktum zwei Klagen entspringen, z. B. beim Diebstahl (act. furti und condictio furtiva) keine Vermischung derselben vornimmt — die act. mixta ist für das ältere Recht eine technische Mißgeburt, ein

6) Im Fall der Veräußerung des Grundstücks von seiten des Täters sogar noch einer fünften Klage, L. 3 § 2 de alien. jud. (4. 7).

7) Diesen Charakter einer Pönalklage nimmt nämlich die reipersekutorische hier an, arg. L. 7 de alien. jud. (4 7.) cf. L. 4 § ult. L. 5, 6 ibid. L. 42 L. 52 de R. V. (6. 1).

Verstoß gegen die Elementarbegriffe seiner Technik.[7a]) Zwar die durch das Edikt eingeführte actio vi bonorum raptorum vereinigt beide Funktionen, allein daß diese Vereinigung sich erst in späterer Zeit vollzogen hat, wird dem, der das Quellenmaterial[8]) einer Prüfung unterwerfen will, nicht verborgen bleiben. Der Schutz gegen doloſe Veräußerungen bei den gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, der im neuern Recht ein Stück der Klage selbst geworden ist, und der dem ältesten Rechte gänzlich fehlte, ist historisch zuerst durch den Prätor eingeführt worden in Form eines besonderen unvollkommneren Rechtsmittels (act. in factum propter alienationem judicii mutandi causa factam).

In diesem Fall ist uns zufälligerweise die Kunde über die Umgestaltung der Klage erhalten; in wie vielen Fällen, wo letztere sich auf dem innerlichen Wege einer freieren Interpretation vollzog,[9]) mag sie uns verloren sein? Es wird daher geraten sein, nicht jede Klage in der Form, wie sie uns im neuern Recht erhalten ist, ohne weiteres dem ältern Recht zu überweisen, vielmehr nach Maßgabe der folgenden Untersuchung Kritik zu üben.

7a) Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilpr. I. S. 174, will in der act. arborum furtim caesarum der XII Tafeln eine act. mixta erblicken; allein daß sie eine reine Pönalklage war, ergibt sich meines Erachtens aus L. 6 pr. Arb. furt. (47. 7). Mittelst der doppelten Taxe der Bäume erhielt der Eigentümer kein Äquivalent für letztere selber, denn die stillschweigende Voraussetzung der Klage war, daß sie auf seinem Grundstück stehen oder liegen geblieben waren; entgegengesetztenfalls hätte es dieser Klage nicht bedurft, sondern es hätte ein furtum vorgelegen, aus dem die act. furti aufs Duplum und die cond. furtiva zugestanden hätte.

8) Ich hebe von demselben nur Caj. IV, 8, L. 1 vi bon. (47. 8) cf. L. 2 § 26 ib. hervor.

9) So z. B. kann der Servitutberechtigte die Duldung nötiger Reparaturen des Weges nach der Ansicht der klassischen Juristen durch die act. confess. erzwingen, L. 4 § 5 si serv. (8. 5), während das Edikt dafür ein eigenes Interdikt für nötig gehalten hatte, bei dem der Beweissatz nicht etwa leichter, sondern strenger als bei jener Klage gewesen war (Beweis des Rechts und der Ausübung) L. 3 § 11, 13 L. 4 de itin. (43. 19).

Dem obigen Beispiel der act. aq. pluv. arc. schließt sich am nächsten an eine Reihe von Fällen, in denen es sich um Anerkennung eines gestörten sachenrechtlichen Verhältnisses (Besitz, Eigentum, Servitut) handelt. Auch hier geht die Klage nicht auf Ersatz des durch die Störung angerichteten Schadens,[10]) sondern lediglich auf Anerkennung, welche aber die tatsächliche Restitution der Sache zu ihrer notwendigen Folge hat, sowie vom Moment der Litiskontestation an auf die Früchte, unter welchem Ausdruck die spiritualisierende Auffassung einer spätern Zeit auch das Interesse verstand (III 434). Daß die reivindicatio auch auf die in der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, halte ich

---

10) Interd. uti possidetis: arg. L. 3 de interd. (43. 1), L. 8 § 4 de prec. (43. 26), L. 3 § 11 uti poss. (43. 17). Daß für die „vergangene Zeit Schadensersatz geleistet werden muß", versteht sich nach Savigny, Recht des Besitzes (§ 39) beim interd. utrubi von selbst, beim uti poss. (§ 38) beruft er sich auf die letztere Stelle, welche lediglich von dem quanti interest possessionem retinere, d. h. dem Interesse des gegenwärtigen Besitzes spricht — so wenig ist selbst den Koryphäen unserer Wissenschaft das richtige Verständnis des römischen Klagensystems aufgegangen! — Rücksichtlich der reivindicatio wird schwerlich jemand, der eine Idee von der Bedeutung römischer Klagformeln hat, glauben, daß eine Klage mit der Intention: rem meam esse auf Schadenersatz für die Vergangenheit hätte gerichtet werden können. Daß der Beklagte die Sache vor Beginn des Prozesses verletzt hatte, kam für die reivind. gar nicht in Betracht, dieserhalb mußte vielmehr die act. leg. Aquiliae angestellt werden; nur seine Handlungen während des Prozesses fielen vermöge der Prozeßobligation unter den Bereich der reivind., und zwar mit genauer Festhaltung des für letztere zutreffenden Gesichtspunktes, d. h. ohne den Pönalzusatz der act. leg. Aq. (s. L. 27 § 2 R. V. 6. 1). Für die act. conf. und negat. gilt ganz dasselbe; keine einzige der Stellen, welche man für das Gegenteil anführt, entscheidet den allein relevanten Punkt, mit welcher Klage der unzweifelhaft zustehende Anspruch auf Schadenersatz geltend gemacht werden soll, die Ausdrücke fructus und quod interest (z. B. servitute non prohiberi, L. 4 § 2 si serv. 8. 5, nicht prohibitum esse) beziehen sich auf die Zeit des Prozesses (s. mein Schuldmoment im röm. Privatrecht. S. 26 (Vermischte Schriften S. 183). Für jenen Zweck waren das interd. quod vi aut clam und die act. leg. Aquiliae L. 27 § 7—11, § 25, 26, 31, 33 ad leg. Aq. 9. 2) beziehungsweise die cautio damni infecti und operis novi nunciatio bestimmt.

für einen Satz des neuern Rechts. Einem bösgläubigen Besitzer gegenüber, in dessen Person die Aneignung der Früchte ein furtum nec manifestum in sich schloß,[11]) wäre der Vindikant ein Tor gewesen, wenn er dieselben zum einfachen Betrage mit der Hauptklage, anstatt zum doppelten Betrage mit einer besondern Diebstahlsklage, beigetrieben hätte; daß er aber, auch wenn er es gewollt hätte, weder ihm, noch dem gutgläubigen Besitzer gegenüber dazu berechtigt war, soll an anderer Stelle nachgewiesen werden.[12]) Der Reivindicatio haben wir schon oben die beiden charakteristischen Beispiele entlehnt, mit denen wir diesen Paragraphen begannen. Bedingt durch die äußere Selbständigkeit der zu vindizierenden Sache, setzte sie, wenn letztere mit einer fremden verbunden war, deren Trennung voraus, ohne daß sie selbst dieselbe hätte erzwingen können, wozu es vielmehr einer eigenen act. ad. exhibendum bedurfte, und beim Vorhandensein mehrerer selbständiger Objekte war sie auf jedes besonders zu richten,[13]) d. h. es galt der Satz: so viel Gegenstände, so viel Vindikationen.

Das Obligationenrecht möge uns außer dem obigen Beispiel

11) Aus dem Gesichtspunkt des furtum erklärt sich die bekannte Bestimmung der XII Tafeln, daß der Beklagte im Fall seines Unterliegens (ohne Rücksicht auf bona oder mala fides) die doppelten Früchte zurückgeben muß, er hat den Versuch gemacht, sie sich widerrechtlich anzueignen; ob durch entschuldbaren Irrtum veranlaßt, kommt nicht in Betracht, s. mein Schuldmoment S. 12, 13 (Vermischte Schriften S. 167, 169). Festus: vindiciae. Anerkennung des obigen Gesichtspunktes im neuern Recht: L. 15 de usur. (22. 1).

12) Bei Gelegenheit der Untersuchung über das unvollkommen, d. i. im ältern Recht durch keine Vindikatio, sondern bloß durch die mancherlei Diebstahlsklagen geschützte Eigentum an res nec mancipi. Vorläufig s. L. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) . . fructibus consumtis vero condictione conventus, L. 18 de exc. (44. 1).

13) L. 3 § 1 de R. V. (6. 1). Armamenta navis singula erunt vindicanda (L. 56 ibid.), und (mit Andeutung des in dieser Hinsicht obwaltenden Unterschiedes zwischen persönlichen Klagen und der reivind.) L. 2 § 26 vi bonor. rapt. (47. 8) . . . singulae res. Über die Behandlung der Herde s. u. Daß der Satz jedoch für den Formularprozeß nicht in der Strenge galt, wie er für den Legisaktionenprozeß hat gelten müssen, darüber s. Note 18b).

der Zerlegung des durch ein Delikt begründeten Anspruchs in die reipersekutorische und Pönalklage noch zwei andere liefern. Kein Richter würde heutzutage daran Anstoß nehmen, wenn die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern nach Auflösung der Gesellschaft neben sonstigen Anträgen auch den auf Teilung der gemeinschaftlichen Gegenstände enthielte; an einen römischen Richter hätte eine solche Klage gar nicht gelangen können, es hätte zweier Klagen bedurft: der act. pro socio und communi dividundo.[14]) Das Darlehn als Realkontrakt hat nach römischem Recht lediglich das Kapital zum Gegenstande, das Zinsversprechen bildet einen besondern Vertrag für sich (Stipulation); daraus folgt, daß es für beide, insofern sie nicht durch eine gemeinsame Stipulation in eine Obligation verwandelt wurden, ebenfalls zweier Klagen bedurfte.

Über die praktische Bedeutung der im bisherigen durch Beispiele sattsam erläuterten Spaltung der Klagen werde ich kurz hinweggehen dürfen. Der Leser weiß bereits: jede solche Klage bedeutete einen besonderen Prozeß, nicht also, wie bei uns, bloß ein materielles Klagerecht. Die Unterscheidung der vorhandenen Klagen im einzelnen Fall hat auch für uns ein hohes Interesse, aber regelmäßig nur das der richtigen materiellen Klassifikation und Beurteilung des Anspruchs, nicht aber ein prozessualisches, denn unser heutiger Prozeß verstattet die Kumulation mehrerer Klagen in einem Prozeß. Während er sie nun selbst da zuläßt, wo die mehreren Klagen in gar keinem inneren oder äußeren Nexus stehen, z. B. wo sie sich auf völlig verschiedene Gründe stützen und völlig verschiedene Zwecke verfolgen, schließt der römische Prozeß die Kumulation selbst da aus, wo zwischen den mehreren Klagen die engste Verwandtschaft besteht. Er behandelt die Klagen nicht wie wir bloß als materiell rechtliche Begriffe, als Klagrechte, sondern als prozessualische Individuen, die auch da, wo sie

14) L. 43 pro socio (17. 2). Ähnlich im Erbrecht das Verhältnis der hered. pet. partiaria und act. fam. ercisc. L. 1 § 2 L. 7 si pars her. (5. 4).

in einer und derselben Person mit andern zusammentreffen, ihre Individualität darin behaupten und betätigen, daß jeder Anspruch für sich allein geltend gemacht wird.

Mit dieser Behauptung steht die herrschende Lehre in Widerspruch, welche eine Klagenkumulation schon nach römischem Recht für zulässig erklärt. Die Stellen, auf die sie sich beruft, sprechen zum Teil von der gleichzeitigen Anstellung mehrerer Klagen und der Überweisung derselben an einen und denselben Richter; allein, sowenig wie heutzutage die gleichzeitige Erhebung mehrerer Klagen vor einem und demselben Richter, wenn sie durch ebensoviel verschiedene Akte erfolgt, als Klagen vorhanden sind, unter den Gesichtspunkt der Kumulation fällt, ebensowenig im römischen Prozeß. Die verschiedenen Klagen schmolzen hier wegen der bloßen Identität des Richters und der Parteien nicht zu einem Prozeß zusammen,[15]) sondern jede blieb für sich, hatte ihre besondere formula[16]) und war mithin durch einen besonderen[17]) Urteilsspruch zu erledigen. Gegen eine derartige gleichzeitige Behandlung mehrerer Klagen vor demselben Richter hatte das römische Recht so wenig etwas zu erinnern, daß es dieselbe in späterer Zeit sogar auf indirektem Wege zu erzwingen suchte.[18])

---

15) Wenn Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 67, sich im entgegengesetzten Sinn ausdrückt, so ist das nur eine Verschiedenheit des Ausdrucks, denn er selbst erkennt S. 69 an, „daß die Verbindung an der juristischen Beurteilung jedes einzelnen Rechtsstreites nichts ändere, vielmehr nur faktisch gewisse Vorteile gewähre".

16) Quintilian. Inst. orat. III, 10: privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent. Wie hätte auch wohl die gemeinsame Formel für den Fall der L. 1 § 4 quod leg. (43. 3), auf die man sich u. a. beruft, die Verbindung der her. pet. und des interd. quod legatorum, lauten sollen!

17) Wenn Plank a. a. O. S. 90 den Richter in „einem Urteile über sämtliche Ansprüche entscheiden" läßt, so ist dies für den Formularprozeß nicht richtig, denn so viele formulae, so viele Urteile; durch die bloße zeitliche Aneinanderreihung der mehreren Urteile schmolzen sie nicht zu einem zusammen.

18) Das „später" folgt aus der Form, in der es geschah: der ex-

Um eine wirkliche Klagenkumulation zuzulassen, d. h. die mehreren Klagen in eine Formel zu bringen, hätten die Römer ihr ganzes Klagensystem und die Theorie der Formeln aufgeben müssen. In dem Legisaktionenprozeß stellten sich der Klagenkumulation noch ganz spezielle Gründe entgegen, wenigstens bei derjenigen Art des Verfahrens, welche die Regel bildete: der legis actio sacramento. Zunächst das öffentliche Interesse. Jede Streitsache brachte dem betreffenden Fonds (I Note 214, 216) ein sacramentum ein, Klagenkumulation hätte hier also so viel geheißen, als denselben in seiner Einnahme verkürzen, mehrere Prozesse um den Preis eines sacramentum führen. Sodann die Prozeßform. Der Streit wurde formell um das sacramentum geführt, der Richterspruch lautete auf sacramentum justum und injustum esse (I 173). Wie hätte das Urteil lauten sollen, wenn bei der Verbindung mehrerer Prozeßsachen zu einem Prozeß der Richter in der einen dem Kläger, in der andern dem Beklagten den Sieg hätte zuerkennen wollen? Hier konnte weder das sacramentum der einen, noch das der andern Partei für ganz verwirkt oder für ganz rückzahlbar erklärt werden, es hätte also nichts erübrigt, als das sacramentum zu teilen! — eine Idee, zu der sich schwerlich jemand bekennen wird.[18a])

Wenn ich soeben die Möglichkeit der Klagenkumulation auch für das neuere römische Recht in Abrede gestellt habe, so darf

---

ceptio rei residuae. Gaj. IV, 122. — Quellenmäßige Beispiele einer solchen Vereinigung mehrerer Streitigkeiten unter einem Richter bei Plank S. 67 Note 3.

18a) Es gilt hier dasselbe, was Cic. pro domo 20 § 53 von der lex Caecilia Didia über die Kumulation verschiedener Gesetzesvorschläge sagt: ne populo necesse sit in conjunctis rebus compluribus aut id, quod noluit accipere aut id, quod velit, repudiare. S. auch L. 17 pr. de app. (49. 1). Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum, duplex appellatio necessaria est, ne alteram agnovisse, de altera provocasse intelligatur. Dasselbe Bedenken erhebt sich bei den sog. komplexen Fragen im Schwurgerichtsverfahren, Glaser, Die Fragstellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863, S. 63, 64.

ich doch nicht verschweigen, daß unsere Quellen drei unleugbare Fälle des Gegenteils enthalten;[18b]) sie erlauben nämlich eine einzige act. familiae erciscundae in Anwendung auf mehrere denselben Parteien gemeinschaftliche Erbschaften, eine einzige act. pro socio für mehrere unter ihnen bestehende Sozietäten und eine act. emti für einen vom Erblasser und einen vom Erben mit derselben Person über dieselbe Sache abgeschlossenen Kaufkontrakt.[19]) Der Umstand, daß alle diese Fälle Obligationsverhältnisse derselben Art zum Gegenstand haben, während sich für die Kumulation verschiedener Klagen, z. B. einer act. venditi und locati kein Beispiel beibringen läßt, ist sicherlich kein rein zufälliger; er erklärt jedenfalls die formelle Möglichkeit einer solchen Kumulation, indem es dazu in diesen Fällen keiner Änderung der gewöhnlichen formula der act. pro socio usw., keiner besonders konstruierten Doppelformel bedurfte, und diese Leichtigkeit einer Abweichung von der ältern Regel mag für eine Zeit, der, wie im dritten System zu zeigen ist, der Sinn für die scharfen Formen und die Plastik des alten Prozesses mehr und mehr abhanden gekommen war, den Ausschlag gegeben haben, während in allen andern Fällen die formelle Schwierigkeit ein unübersteigliches Hindernis entgegensetzte. So hat die bereits vielfach von uns beobachtete konservierende Macht der Form (III 517) sich auch hier

18b) Als vierten muß ich jetzt noch den von Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, Halle 1871, S. 101 nachgewiesenen Fall der Vindikation mehrerer Gegenstände hinzufügen, s. die von ihm angeführten L. 7, 21 § 2 de exc. reid jud. (44. 2), L. 6 de R. V. (6, 1), L. 1 § 1 de instr. (33. 7), L. 6 § 1 de pec. leg. (33. 8); über die Gründe dieser Behandlungsweise s. daselbst S. 104.

19) L. 25 § 3, 4 fam. erc. (10. 2), L. 52 § 14 pro soc. (17. 2) — auch wenn man die letztere Stelle nicht von mehreren über verschiedene Objekte abgeschlossenen Sozietäten, sondern von einer und derselben, bei einem Todesfall erneuerten Sozietät verstehen will, bleibt die Schwierigkeit gleich groß, denn die Erneuerung der Sozietät enthält jedesmal einen neuen Abschluß — L. 10 de act. emti (19. 1). In L. 1 de quib. reb. (11. 2) erblicke ich keinen hierher gehörigen Fall, denn unter den „eosdem" sind andere Personen zu verstehen als die „plures".

wieder einmal bewährt. Ohne das Formelwesen wäre unsere heutige Klagenkumulation statt bei uns wahrscheinlich schon in Rom zur Welt gekommen!

Wir wenden uns jetzt der ebenso schwierigen, wie wichtigen Frage zu: durch welchen Gesichtspunkt hat das römische Recht sich bei der Scheidung und Abgrenzung der Klagen leiten lassen? Ich meine nicht den Zweck, den es damit verfolgte, der ist uns bereits bekannt (S. 20), sondern die Rücksicht, durch die es bestimmt wurde, das Gebiet der einzelnen Klage gerade so weit und nicht weiter abzustecken. — Aber hat es überhaupt eine bestimmte Rücksicht, ein Gesetz dabei verfolgt? Wäre es nicht der Fall, so würden wir bloß von einer analytischen Tendenz des ältern Rechts sprechen dürfen, bei der wir über das Einzelne keine Rechenschaft zu geben brauchten, dasselbe vielmehr als Werk individueller Beliebung dahingestellt sein lassen dürften, während wir im umgekehrten Fall die Verpflichtung übernehmen, über das Einzelne Rede und Antwort zu stehen.

Wir brauchen vor dieser Verpflichtung nicht zurückzuschrecken: ein solches Gesetz existiert und läßt sich bis in das Einzelnste hinein nachweisen. Wir sind in der Lage, die Erwägungen, die vor Jahrtausenden die ersten und ältesten Bildner des römischen Rechts bei Abgrenzung der Klagen geleitet haben, den Einschnitt im einzelnen Fall gerade da zu machen, wo sie es getan, noch heute darzulegen, den Bildungsprozeß des römischen Klagensystems vor unserm Auge sich von neuem abspielen zu lassen.

Nicht ein vages Gefühl von dem Wert der analytischen Methode war es, was sie dabei trieb; sie wußten genau das Warum und Bis-wie-weit, und den praktischen Zweck des Scheidens fest im Auge haltend, waren sie gesichert gegen die Gefahr einer Ausartung ihrer Tätigkeit in unfruchtbare Begriffsspalterei, gegen jenen Abweg, auf dem das Scheiden zum Selbstzweck und damit zur Verirrung wird.

Von dieſer Verirrung, welche zuzeiten wiſſenſchaftlicher Öde und Dürre das ſchöpferiſche Denken erſetzt und karikiert, gilt was Quintilian[20]) treffend ſagt: ſie ſpaltet ſelbſt das, was ſeiner Natur nach einfach iſt, und indem ſie nicht ſowohl ſcheidet, als zerſtückelt, bewirkt ſie durch ihre Unterſcheidungen gerade das, was ſie abwehren will: Dunkelheit. Es bedarf nur eines Blickes auf das ältere Recht, um ſich zu überzeugen, daß dasſelbe ſich von dieſer Verirrung völlig frei gehalten hat. Wäre es ihm darum zu tun geweſen, möglichſt kleine Klagen zu ſchaffen, es hätte, wie bei der Vindikation mehrerer Gegenſtände (Note 13), ſo auch bei dem Kauf derſelben ebenſo viele Klagen geben können als Objekte vorhanden waren; oder da es für die Stipulation den Satz aufſtellt: tot stipulationes, quot res, d. h. wenn eine Stipulation mehrere Gegenſtände umfaßt, ſo iſt es ebenſogut, als ob über jeden derſelben eine beſondere Stipulation abgeſchloſſen wäre, ſo hätte es dieſem Satze, deſſen hauptſächliche, wenn nicht ausſchließliche praktiſche Bedeutung in der Klagenkonſumtion und der exc. rei judicatae liegt, auch die Tragweite einräumen können, daß über jeden der mehreren Gegenſtände beſonders hätte geklagt werden müſſen; kurz, ſoweit für den Kläger die Möglichkeit einer Teilung der Klage reichte, hätte es dieſelbe zur Notwendigkeit erheben können. Eine ſolche Zerſetzung des Klagſtoffs hätte in der Tat den Vorwurf Quintilians, den einer völlig widerſinnigen Zerſtücklung verdient; weit entfernt, einem praktiſchen Intereſſe zu dienen, hätte ſie demſelben vielmehr in eklatanteſter Weiſe widerſtrebt.[21])

Verfolgen wir dieſen Weg weiter, ſo führt er uns von ſelbſt zum Ziel. Warum wäre es ſinnlos geweſen, die zehn Gegenſtände

20) Quintil. Inst. orat. IV, 5 § 25 . . . quae natura singularia sunt, secant, nec tam plura faciunt quam minora; deinde quum fecerunt mille particulas, in eandem incidunt obscuritatem, contra quam partitio inventa est.

21) L. 29 pr. de V. O. (45. 1) . . nam per singulos — denarios singulas esse stipulationes — absurdam est.

der Stipulation durch zehn besondere Klagen verfolgen zu lassen? Weil der Richter in den zehn Prozessen immer eine und dieselbe Frage hätte behandeln, immer auf einen und denselben Klaggrund hätte zurückkommen müssen. Keine dieser als möglich gesetzten zehn Klagen weicht von der andern auch nur im mindesten ab; was die eine hat, haben sie sämtlich, und ob der Richter bloß eine von ihnen oder alle zehn auf einmal entscheidet, die Mühe ist ganz dieselbe. Vom Standpunkte des Richters aus — und der soll ja für die Frage von der Scheidung der maßgebende sein — bedarf es hier nur einer Untersuchung, das heißt aber so viel als: es liegt hier nur eine Klage, ein Anspruch vor.

Ganz anders bei der Vindikation einer Mehrheit von Gegenständen. Die Untersuchung muß hier auf jeden einzelnen Gegenstand allein gerichtet werden,[22]) denn aus dem Eigentum an dem

22) S. jedoch Note 18b. Bei einer Herde, die als solche bereits existiert, d. h., wenn ich so sagen darf, eine landwirtschaftliche, sich stets selbst erhaltende Größe und Einheit gebildet hat (also nicht z. B. bei hundert Schafen, die ein Metzger auf dem Markt zusammengekauft hat), ließ das römische Recht schon im Legisaktionenprozeß (Gaj. IV, 17) eine Vindikation zu. Es heißt nur einen andern Ausdruck gebrauchen, wenn man sagt: die Herde bilde einen Gegenstand (universitas); erklärt ist damit gar nichts, namentlich nicht, warum dieselbe Behandlungsweise nicht auch bei andern Sachenkomplexen, z. B. einer Bibliothek, eintritt. Die Erklärung liegt m. E. in dem eigentümlichen Verhältnis der Ergänzung der Herde aus sich selbst, welches nach Grundsätzen über den Fruchterwerb dem Eigentümer und gutgläubigen Besitzer das Eigentum gewährt und präsumtiv alle Stücke der Herde ergreift, für die nicht das Gegenteil nachgewiesen wird. Die Vindikation der Herde stimmt also mit dem Grundsatz: eine Frage, eine Klage, denn der Richter hat bei ihr trotz der Mehrheit der Gegenstände doch bloß eine und dieselbe Frage zu entscheiden. Dies schließt nicht aus, daß hinzugekommene fremde Schafe hinterher von ihrem Eigentümer vindiziert werden könnten, L. 30 § 2 de usuc. (41. 3), L. 1 § 3 de R. V. (6. 1); es tritt dasselbe Verhältnis ein, wie rücksichtlich der Vindikation einer zusammengesetzten Sache, z. B. eines Hauses, welches als Ganzes vindiziert werden kann, obschon einzelne Bestandteile anderen Personen gehören. Ein anderes Beispiel außer der Herde bietet der Bienenschwarm L. 5 § 2, 4 de A. R. D. (41. 1). Auf die Ansichten anderer über dieses viel behandelte Thema kann ich hier selbstverständlich nicht eingehen; die neueste Stimme, welche sich hat vernehmen lassen, ist die von Göppert

einen folgt nicht das an dem andern — es liegen so viel selbständige Fragen als Gegenstände vor, und um dem Richter Gelegenheit zu geben, über jede einzelne besonders zu antworten, bedarf es der Form der separaten Klage; ohne diese Form hätte er dies nicht gekonnt, vielmehr über sämtliche gleichlautend entweder mit ja oder nein antworten müssen.

Bei der Obligation bestimmt sich demnach die Einheit oder Mehrheit des Verhältnisses nach dem Entstehungsgrunde, bei dem Eigentum nach dem Gegenstande; dort gilt der Satz: soviel obligatorische Tatsachen, soviel persönliche Klagen,[23]) hier: soviel Gegenstände, soviel Vindikationen. Der Umfang, in dem der Eigentumsbegriff sich im einzelnen Fall betätigt und erschöpft, ist durch die Natur, d. i. durch die Sache selbst, vorgezeichnet; Recht und Gegenstand fallen, wie auch der Sprachgebrauch, welcher die Sache statt des Rechts nennt, andeutet, in dem Maße zusammen, daß jenes hinter diesem weder zurückbleiben, noch über denselben hinausgehen kann, d. h. an einer Sache sind nicht zwei Eigentumsverhältnisse möglich (Einheit der Sache, Einheit des Rechts) und an zwei Sachen nicht ein Eigentum (Mehrheit der Sache, Mehrheit des Eigentums). Bei der Obligation hingegen bestimmt lediglich der subjektive Wille den Umfang des einzelnen Rechtsverhältnisses. Ob die Stipulation auf **100** oder **1000** lauten, der Kaufkontrakt einen oder zehn Gegenstände umfassen soll, hängt vom Belieben der Parteien ab; die Obligation ist sozusagen ein leerer Beutel von unbegrenzter Elastizität, in den sie beliebig viel

(Note 18b). Über die her. ped. s. u., über das Vindikationslegat s. L. 2, 6 de leg. II (31), L. 79 pr. de leg. III (32).

23) Die Gleichartigkeit des Zwecks kann dieselben in der Ausübung beschränken (Konkurrenz der Klagen), allein zur Entstehung kommen sie alle. — Eine von der obigen Ansicht abweichende, von ihrem Urheber selber nur als „wahrscheinliche Hypothese" bezeichnete Auffassung, der zufolge die Obligation nicht durch ihren Entstehungsgrund, sondern durch ihr Objekt individualisiert sein soll, findet sich bei Salpius, Novation und Delegation nach R. R. 1864 S. 184.

oder wenig hineinpacken, den sie zuschnüren können, wann und wo sie wollen. Ob sie nun, um im Bilde zu bleiben, für mehrere Gegenstände einen oder mehrere Beutel nehmen wollen, ist ihre Sache, aber jedes Zuschnüren (contrahere) bedeutet einen Beutel, jeder Beutel eine Obligation, folglich eine Klage. Denn während die Entscheidung der allein relevanten Frage, ob der Beutel richtig geschnürt und gebunden ist, über ihn und seinen ganzen Inhalt entscheidet, die Frage also für sämtliche darin enthaltene Gegenstände eine und dieselbe ist, muß sie für jede andere zwischen diesen Parteien abgeschlossene Obligation jedesmal von neuem aufgeworfen werden, denn daraus, daß das eine Mal gültig kontrahiert ist, folgt dasselbe nicht auch für ein anderes Mal, und diese mehreren Fragen in demselben Prozeß zusammenwerfen, hätte für den römischen Prozeß geheißen: dem Richter die selbständige Beantwortung jeder einzelnen unmöglich machen, ihn zwingen, sie entweder sämtlich zu bejahen oder sämtlich zu verneinen.

Der eben ausgesprochene, ziemlich einfache Grundsatz kann in der Anwendung zu Schwierigkeiten führen, denn das Verhältnis gestaltet sich nicht immer so einfach, wie hier angenommen, vielmehr nimmt es nicht selten den täuschenden Schein an, als ob bloß ein einziger Obligationsgrund vorliege, während das Recht doch mehrere Obligationen, und umgekehrt als ob mehrere Obligationsgründe vorliegen, während doch das Recht nur eine Obligation annimmt. Ersteres tritt ein, wenn z. B. jemand mit dem Abschluß eines Pachtkontraktes zugleich einen Kaufkontrakt verbindet. In Wirklichkeit sind hier zwei selbständige obligatorische Tatsachen vorhanden, welche nur der Kürze wegen — eine Kürze, die im ältern Recht entschieden unstatthaft war (§ 53) — in einen äußern Akt zusammengezogen werden. Ein anderes Beispiel bietet das obige (S. 28) der reiperfekutorischen und Pönalklage. Beide werden durch einen und denselben äußern Akt, das Delikt, ins Leben gerufen, allein der obligatorische Grund beider ist verschieden, bei der einen, der Pönalklage, besteht er in dem Delikt, bei der

andern hingegen in der durch das Delikt bewirkten Vermögensveränderung, zu der sich das Delikt selbst bloß als äußere *Veranlassung* verhält, und welche, wie sie ohne Delikt vorkommen, so auch umgekehrt bei letzterem fehlen kann. Trotz dieser Verschiedenheit des Gesichtspunktes, der ihnen beiden zugrunde liegt, wäre ein Grund zur Aufstellung *zweier* Klagen, wenn beide nur im übrigen ganz denselben Weg gehen würden, hier ebensowenig vorhanden gewesen, wie z. B. bei der act. pro socio, mandati, tutelae rücksichtlich der verschiedenen Posten, welche sie umfassen können (Herausgabe der erhobenen Gelder, Schadenersatz für culpa u. a.), und von denen im einzelnen Fall der eine Posten ohne den andern vorkommen kann. Allein diese letzteren Posten gehen, *wenn* sie vorhanden sind, stets denselben Weg, erleiden dieselben Schicksale, jene beiden Ansprüche dagegen sind *nicht* aneinander gekettet, der eine erlischt mit dem Tode des Schuldigen, der andere geht gegen seine Erben über, der eine verjährt unter Umständen schon in einem Jahre, der andere nach früherem Recht gar nicht, nach späterem erst in längerer Zeit. Hatte man einmal für beide Ansprüche solche Verschiedenheiten statuiert, so verstand sich in der korrekten Sprache des ältern Rechts die Bezeichnung derselben als *zweier Klagen* von selbst, denn wie hätte der Richter mit ja oder nein antworten sollen, wenn er sich überzeugt hätte, daß der Anspruch auf die Strafe bereits verjährt war, der reipersekutorische dagegen noch nicht? Das spätere Recht freilich fand nichts Anstößiges darin, eine Deliktsklage in ihrer Richtung auf die Strafe mit dem Tod oder dem Ablauf der Verjährungsfrist untergehen, in Richtung auf die Sache aber fortdauern zu lassen[24] — eine Erscheinung, die zu den oben S. 28 charakterisierten gehört, und in der ein Jurist der guten alten Zeit einen nicht geringeren Verstoß gegen die Elementarbegriffe seiner Kunst gefunden haben würde, als ein musikalischer Purist des vorigen Jahrhunderts in

---

24) Quatenus ad heredes pervenit, L. 91 quod metus (4. 2), L. 17 § 1 L. 26 de dolo (4. 3), L. 23 § 8 ad leg. Aq. (9. 2) u. a.

den Quintengängen und so vielen andern musikalischen Freiheiten, welche die neuern Musiker sich herausnehmen. Man könnte mir den Einwand machen, warum das ältere Recht nicht wenigstens da, wo jene beiden Ansprüche zufälligerweise ganz zusammenfielen, verstattet habe, sie in einer Klage geltend zu machen. Als Antwort diene erstens, daß die Frage, ob sie zusammenfallen, erst im Prozeß selbst festgestellt werden kann, und sodann, daß, wenn man die Scheidung der Klagen von dem zufälligen Zusammen- oder Auseinanderfallen hätte abhängig machen wollen, der Zweck und Grundgedanke des Klagensystems vereitelt worden wäre; denn derselbe besteht ja gerade darin, daß da, wo im einzelnen Falle mehrere Ansprüche zusammentreffen, das strenge Auseinanderhalten der materiellen Gesichtspunkte durch prozessualische Scheidung derselben gesichert werden kann.

Ein anderes Beispiel möge dies unterstützen. Bekanntlich ist ein Miteigentum ohne Sozietät und eine Sozietät ohne Miteigentum möglich, oder in der Sprache der Klagen ausgedrückt: es gibt außer der act. pro socio noch eine act. communi dividundo. Wenn nun beide Rechtsverhältnisse in denselben Personen zusammentreffen, begründet durch einen und denselben Akt der Eingehung der Sozietät, so könnte man glauben, daß eine Klage dafür ausreiche. Allein, angenommen, man hätte sich dafür entschieden, so wäre man, wenn der eine von beiden Miteigentümern seinen Anteil veräußert hätte, sofort wieder in die Notwendigkeit versetzt worden, zwei Klagen zuzulassen, denn der Anspruch auf Teilung (die act. comm. div.) geht aktiv und passiv auf den Singularsukzessor über, während Recht und Verbindlichkeit aus dem Sozietätsvertrag (die act. pro socio) bei dem Gesellschafter verbleibt. Jeder dieser beiden Ansprüche geht seinen eigenen Weg und hat seine eigene Natur; der eine hat aktiv und passiv zu seinen Trägern spezifisch bestimmte, der andere abstrakt bestimmte Subjekte (die jedesmaligen Eigentümer). Jene Gemeinsamkeit der Entstehung beschränkt sich aber auch hier wiederum bloß auf den äußern Akt, in dem zufälligerweise zwei völlig selbständige

und verschiedenartige Obligationsgründe zur Existenz gelangen, der Sozietätsvertrag und das Miteigentum.[24a])

Dem soeben betrachteten Fall steht gegenüber die Einheit der Obligation bei scheinbarer Mehrheit der Obligationsgründe. Alle Delikte, die der Vormund, Mandatar in Sachen der Geschäftsführung sich hat zuschulden kommen lassen, werden mit einer Klage verfolgt, während doch sonst der Grundsatz gilt: soviel Delikte, soviel Klagen. Worauf beruht die Abweichung von unserm Grundsatz? Sie ist gar keine, denn das Mandats- oder Vormundschaftsverhältnis begründet die Verpflichtung, alles, was ihm widerspricht, zu unterlassen. Die einzelnen Ansprüche, die aus diesem Verhältnis sich ergeben, bilden mithin nicht besondere Forderungen, sondern nur einzelne Posten[25]) der act. mandati, tutelae, welche die Klagformel mit der Kollektivbezeichnung: quidquid ob eam rem dare facere oportet, auch formell zur Einheit zusammenfaßte, und die der Richter sämtlich von dem einen Standpunkt des Mandats- und Vormundschaftsverhältnisses aus zu würdigen hatte.

Diesen Fällen schließen sich einige andere von ähnlicher Bewandtnis an, so z. B. die Klage des Bankiers auf Auszahlung seines Saldos,[26]) d. h. des schließlichen Guthabens aus seiner, eine Reihe der verschiedenartigsten Einnahme- und Ausgabeposten

---

24a) Besteht dagegen lediglich ein Miteigentumsverhältnis ohne Sozietät, so erstreckt sich die aus demselben entspringende Klage (act. communi dividundo) auf sämtliche mit demselben verbundene Ansprüche: die adjudicatio wie die personales praestationes; Ansprüche dagegen, die nur zufällig durch die Gemeinschaft veranlaßt sind, die sich nämlich auf Auslagen stützen, welche der Kläger für seinen Teil allein hätte machen können, aber auch für den Miteigentümer gemacht hat, müssen mit der act. neg. gest. geltend gemacht werden. A. Brinckmann, Verhältnis der act. com. div. und der act. neg. gest. Kiel 1855. S. 63ff.

25) L. 10 § 1 de appell. (49. 1) .. cum una actione ageretur, quae plures species in se habeat, pluribus summis sit condemnatus. L. 1 § 1 quae sent. (49. 8) .. ex illa specie 30 .. ex illa 25.

26) Gaj. IV, 64, 68.

umfassenden Abrechnung.[27]) Wie beim Mandatsverhältnis, so lassen sich auch hier die sämtlichen einzelnen Rechtsgeschäfte unter den einen Gesichtspunkt der fremden Vermögensverwaltung bringen.[28]) Befremden erregen kann im ersten Moment die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Prälegatar das ihm hinterlassene Legat mit der act. fam. ercisc. einklagen soll,[29]) indem diese Klage ja nur die Erbteile zum Gegenstande hat, für Legate aber eine besondere Klage besteht. Allein das Prälegat enthält nach Auffassung der Römer nur eine Verfügung über die Realteilung der Erbmasse und fällt mithin unter die Erbteilungsklage. Auf der Grenze zwischen Kriminal- und Zivilprozeß liegt der Repetundenprozeß, der, ähnlich wie die Klage aus der Tutel, die gesamte Verwaltung des Beamten und alle daraus für seine früheren Amtseingesessenen sich ergebenden Ansprüche zum Gegenstande hat.[30])

Die bisherige Ausführung hat den Gesichtspunkt, den wir oben für die Obligation aufgestellt haben, gegen scheinbare Abweichungen aufrecht erhalten, und wir dürfen jetzt nach dieser Abschweifung unsern Weg weiter fortsetzen.

Alles, was oben von der Obligation gesagt ist, gilt auch für die Erbschaft. Wie jene, ist auch die Erbschaft eine leere, elastische

---

27) L. 6 § 3 de edendo (2. 13) ... dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem.

28) Ob es nicht von der andern Seite eine ähnliche Klage gab, darüber schweigen unsere Quellen. Jedenfalls konnte der Kommittent von dem Bankier Abrechnung verlangen (L. 4 pr. de edendo 2. 13), welche sich natürlich über sämtliche Posten von beiden Seiten erstreckte (L. 6 § 3 ibid.). In der Anerkennung des daraus für ihn sich ergebenden Überschusses ließ sich ein constitutum finden (L. 26 de const. pec. 13. 5), womit vielleicht die L. 2 § 2 Cod. de const. pec. (4. 18) erwähnte besondere Usance bei Argentarien zusammenhängt.

29) Gaj. II § 219, L. 17 § 2 de leg. I (30).

30) Quintilian I. O. III, 10 § 1 bezeichnet ihn als causa conjuncta im Gegensatz zur simplex, weil er „plures controversiae ejusdem generis“ in sich schließe.

Form, welche beliebig viel und wenig in sich aufnehmen kann; die Klage verhält sich auch bei ihr gegen die Mehrheit der Gegenstände vollkommen indifferent.[31]) Das Individualitäts- und Identitätsmoment, welches bei dem Eigentum in der Sache, bei der Obligation in dem Entstehungsgrunde liegt, beruht hier auf der Delation: soviel Delationen, soviel Klagen;[32]) denn die Delation begründet, auch wenn Erbschaft, Prätendent und Beklagter dieselben sind, eine neue Frage, indem daraus, daß der Kläger nicht im Testament oder in keinem gültigen Testament eingesetzt ist, noch nichts für sein Intestaterbrecht folgt, ihm aber anderseits nicht zugemutet werden kann, unbestimmt, ohne Detaillierung der causa, schlechthin sein „Erbrecht" zur Verhandlung zu stellen; denn die Verschiedenheit des Delationsgrundes ist beim Erbrecht nicht etwa, wie beim Eigentum, eine bloße Verschiedenheit des Grundes des Rechts, sondern des Rechts selbst, sie gibt ihm möglicherweise z. B. wegen der im Testament angeordneten Vermächtnisse oder der abweichend von der Intestaterbfolgeordnung bestimmten Erbteile einen völlig verschiedenen Inhalt; der Delationsgrund individualisiert das Erbrecht.

---

31) Nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci. L. 7 § 5 de exc. rei jud. (44. 2). Die Klage erstreckt sich daher auch auf die Früchte, ohne daß es hier der Erwähnung derselben bedurfte, L. 13 § 7, L. 20 § 3, 16 de her. pet. (5. 3), denn fructus hereditatem augent L. 40 § 1 ibid. hereditas et augmentum recipit et deminutionem L. 20 § 3 ibid. L. 178 § 1 de V. S. (50. 16) — ein Satz, der im Formularprozesse für den Kläger dieselbe Bedeutung hatte, wie der in § 52 zu betrachtende, daß das Pekulium durch die Gegenforderungen des Herrn ipso jure vermindert werde, für den Beklagten.

32) L. 8 de her. pet. (5. 3). Eine weitere Ausführung ist hier ebensowenig am Orte, wie die Verfolgung des Zusammenhanges, in dem unser Thema mit der Lehre von der exc. rei jud. steht. Zum Beweise der Behauptung im Text diene statt aller andern Gründe die in jure cessio der hereditas legitima, bei der offenbar in der Zessions- (und folglich auch in der Vindikations-) Formel die hereditas als „legitima" bezeichnet, also der

Es kann nicht in unserer Absicht liegen, den Gesichtspunkt, den wir bisher an einigen der wichtigsten Verhältnisse des Rechts, dem Eigentum, Erbrecht und der Obligation erprobt haben, durch das ganze Recht und bis ins kleinste Detail durchzuführen.[33] Dagegen wollen wir dies noch tun bei einigen der Beispiele, mit denen wir oben unsere Darstellung eingeleitet haben.

Als Preisstück der prozessualischen Zersetzung haben wir dort (S. 27) die act. aquae pluviae arcendae nebst den sie begleitenden Klagen genannt. Die Analytik des Verhältnisses, aus dem sie hervorgehen, führt zu folgenden Erwägungen. Wenn das Werk, durch das jemand den Lauf des Regenwassers geändert hat, für den Nachbar bloß mit einer einmaligen Beschädigung verbunden gewesen ist, ohne eine Wiederholung derselben in Aussicht zu stellen, so wäre das Verlangen einer Beseitigung des Werks ein völlig ungerechtfertigtes, der Anspruch des Verletzten wird sich hier mithin auf Schadenersatzleistun gmittelst der geeigneten Klagen (Note 10 a. E.) beschränken müssen, ein Anspruch, der aktiv und passiv an die ursprünglichen Personen gebunden ist, auf die Käufer der beiderseitigen Grundstücke aber, welche den Schaden weder erlitten, noch zugefügt haben, nicht übergeht. Ganz anders, wenn jenes Werk den Nachbar dauernd in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt.[34] Diese Rechtsverletzung läßt sich nicht durch einmaligen Schadenersatz, sondern nur durch Wegnahme des Werks beseitigen, und der Anspruch kann nicht, wie der obige, aktiv und passiv auf die ursprünglichen Personen beschränkt, muß vielmehr auch auf deren Singularsukzessoren erstreckt werden, denn jenes hieße das Interesse des Grundstücks

---

Delegationsgrund angegeben gewesen sein muß, denn man hätte sonst diesen Zessionsfall von dem der hered. testam. nicht unterscheiden können, was doch wegen der sehr verschiedenen Folgen beider Fälle wichtig war.

33) Ich will jedoch nicht unterlassen, dies Thema der allgemeinen Aufmerksamkeit zu empfehlen; eine eingehende Bearbeitung desselben, namentlich in Verbindung mit der Lehre von der Identität der Streitsachen bei der exc. rei judicatae, dürfte eine höchst lohnende Ausbeute gewähren.

34) Si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit III Note 631.

dem Zufall preisgeben — ein Wechsel des Eigentümers, z. B. durch Verkauf auf der einen, durch Legat auf der andern Seite, und das Grundstück wäre für ewige Zeiten hilflos! Wenn man aber den Anspruch einmal in dieser Richtung anerkannt hat, so kann man ihn mit dem soeben betrachteten nicht in eine Klage bringen, denn das hieße sie beide zwingen, stets denselben Weg zu wandeln, während doch ihre Wege auseinander gehen. Ebensowenig konnte man den Anspruch in die Form der act. negatoria oder confessoria weisen und dadurch die ganze act. aq. pl. arc. entbehrlich machen. Erstere paßte nicht, weil der Beklagte keinen Eingriff in des Klägers Eigentum vorgenommen hatte, letztere nicht, weil es sich hierbei nicht um eine Servitut, sondern um eine gesetzliche Vorschrift handelte, und es, um den Beklagten zu einem Tun anzuhalten, einer act. in personam bedurfte.

Die Notwendigkeit einer eigenen act. aq. pl. arc. wegen neuer, während der Dauer des Prozesses errichteter Werke erklärt sich von selbst, denn daraus, daß das Werk, worüber in diesem Prozeß gestritten wird, unstatthaft ist, folgt nichts für das neue, und wenn man diese völlig neue Frage in den schwebenden Prozeß hätte werfen wollen, so hätte man dasselbe ebensogut mit einem neuen Kaufkontrakt oder Diebstahl in bezug auf eine anhängige act. emti oder furti tun können. Was endlich die vierte dort genannte Klage betrifft, so hört die Macht des Richters mit dem Urteil auf, für alles, was später geschieht, bedarf es also einer neuen Klage.

Die Notwendigkeit einer Trennung der act. negatoria und confessoria von der Schadenersatzklage (Note 10) ergibt sich aus dem bisherigen zur Genüge: die eine geht gegen den jedesmaligen Besitzer, die andere gegen den Täter.

Die Trennung der act. ad exhibendum von der reivindicatio hat, soweit ich sehe, mehr einen doktrinären als praktischen Grund gehabt. Beide Klagen gehen gegen den Inhaber als solchen und haben dasselbe Fundament, ich wüßte daher keinen andern

Grund ihrer Scheidung anzugeben, als das für die letztere Klage geltende Requisit der äußern selbständigen Existenz der Sache, welches durch das vorschriftsmäßige Bringen und Ergreifen der Sache vor Gericht zur prozessualischen Notwendigkeit gestempelt war, und welches durch die reivind. selbst nicht beschafft werden konnte, indem sie den Beklagten nicht zu einem Tun verpflichtete, ohne dessen Erlaubnis aber anderseits der Kläger selber die Trennung nicht vornehmen durfte.

3. Die Verteidigung.

Älteres und neueres System derselben. — Verteidigung in Form der Negation (Formulierung der Klage in jus und in factum). — Spielraum derselben im Vergleich zur Exzeption. — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in prozessualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exzeptionszweck und in prozessualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituierung einer andern Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Verteidigung in Form der Klage — die prozessualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesamturteil über den analytischen Mechanismus des alten Prozesses.

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Gaj. IV, 108.

LII. Sollte der Grundsatz: ein Prozeß, eine Frage, seinen Zweck erreichen, so mußte er, wie oben (S. 22) bemerkt, für beide Teile gelten. Was half es, der in der Häufung der Fragen liegenden Gefahr des Aufschwellens des Prozesses und der daraus sich ergebenden Verwirrung und Verschleppung desselben von der einen Seite vorbeugen, wenn sie von der andern Seite und gerade von der, von welcher diese Gefahr am ersten zu besorgen war, freien Zutritt hatte? Den Kläger hält schon sein eigenes Interesse ab, diese Gefahr heraufzubeschwören, oder sollte ihn wenigstens abhalten, das Interesse des Beklagten aber ist das gerade entgegengesetzte, jede Frage, die er in den Prozeß hineinspielt, ist ein Hindernis, das dem Kläger die Erreichung des

Ziels erschwert und verzögert, ein Stein, den er ihm in den Weg legt.

Aber anderseits, wie kann man ihn in der Wahl und Zahl seiner Verteidigungsmittel beschränken? Die Lage der beiden Parteien ist ja eine völlig ungleiche. Der Kläger hat die Initiative, er kann den Zeitpunkt bestimmen, wann er klagen will, seinen Angriff lange vorbereiten, seine Beweise vorher sammeln und, abgewiesen mit dieser Klage, zu einer neuen greifen. Von alledem gilt gerade das Gegenteil für den Beklagten. Ihn der Beschränkung unterwerfen, die bei dem Kläger vollkommen gerechtfertigt ist — heißt das nicht, in geradem Gegensatz zu dem, was die natürliche Gestalt des Verhältnisses mit sich bringt, der Klage ein Übergewicht über die Verteidigung geben?

So scheint es, allein dies ist nur Schein. Es handelt sich nämlich nicht um eine materielle Beschränkung des Beklagten in dem Gebrauch seiner Verteidigungsmittel, sondern lediglich um die richtige Vorzeichnung der Form dieses Gebrauchs. Diese kann nämlich eine doppelte sein. Die natürliche, nächstliegende Form besteht in der Benutzung der Verteidigungsmittel der Klage gegenüber; hier wird die Klage durch die Verteidigung, selbst wenn letztere noch so frivol ist, in ihrem Lauf aufgehalten, bis über beide entschieden werden kann. Die zweite, künstlichere Form ist die der Widerklage oder Nachklage; hier erfolgt die Untersuchung der Verteidigungsgründe in einem eigenen, vom Beklagten in dem einen Fall gleichzeitig, in dem andern nachher zu erhebenden Prozeß; der Lauf der Klage wird also dadurch nicht unterbrochen, die Verteidigung nimmt die Gestalt einer Klage auf Wiedererlangung dessen an, was der Beklagte dem Kläger auf Grund der Kondemnation im ersten Prozeß hat entrichten müssen. Das neuere römische Recht gibt dem Beklagten für die meisten Verteidigungsgründe die Wahl, ob er sie in der einen oder andern Form geltend machen will,[35]) einige weist es

35) z. B. exceptio und actio quod metus causa, exc. rei venditae et traditae und act. emti wegen Eviktion, exc. non numeratae pec. und die

ausschließlich in die erste,[36]) andere ausschließlich in die zweite Form.[37])

Letztere hat etwas höchst Befremdendes. Warum gewährt man dem Beklagten ein Mittel, das man ihm einmal zugedacht hat, nicht zur rechten Zeit, warum versetzt man ihn erst in die Lage zahlen zu müssen, damit er sodann das Gezahlte hinterher zurückfordere? Würden die Beklagten sich immer nur wirklich begründeter Einwendungen bedienen, so hätte ein solches Verfahren allerdings keinen Sinn, allein es findet seine volle Rechtfertigung in der unbegrenzten Möglichkeit des Gegenteils davon.[37a]) Diese Möglichkeit nämlich setzt den Beklagten instand, den Prozeß, der bei der Klarheit und Zweifellosigkeit des klägerischen Rechts sonst sofort beendet sein würde, durch erdichtete Einwendungen in die Länge zu ziehen und sich während der Zeit auf Kosten des Klägers im Genuß des Rechts zu behaupten, ein Nachteil, für den seine endliche Verurteilung in den gesamten Schadenersatz dem andern Teile in der Regel nur einen unausreichenden Ersatz gewährt. Wie diesem Übelstande abhelfen? Das ist die Bestimmung der obigen zweiten Form der Verteidigung.[38]) Ohne dem

---

condictio des Schuldscheins, Retentionseinrede und act. contraria, except. doli wegen mangelnder causa und die Kondiktionen, Kompensation und klagweise Geltendmachung der Forderung.

36) z. B. Einrede der Verjährung, Retentionseinrede wegen der Impensen bei der Reivind.

37) z. B. die Berufung auf das Eigentum gegenüber einer possessorischen Klage, die Geltendmachung von Gegenansprüchen gegenüber der act. depositi.

37a) Seneca de benef. VII. 16: Satius erat a paucis etiam justam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.

38) L. 2 Cod. de usur. leg. (6. 47) Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est juris auxilium. Si igitur proposita stipulatione cavere cum satis datione potestis, „vos restituturos quanto amplius quam per eam legem licet acceperitis", judex solida vobis legata praestari jubebit. Cicero in Verrem II, lib. 3 § 27: utrum aequius, decumanum petere an aratorem repetere. L. 1 § 2 Quod legat. (43. 3). Über einen sekundären Nutzen dieser Rechtsform,

Beklagten das abſolut notwendige Maß der Verteidigung zu verkümmern, ſchneidet ſie ihm alle Einreden ab, welche die angedeutete Gefahr herbeiführen können. Raſch gelangt hier der Kläger in den Genuß ſeines Rechts, und der Aufſchub, den die Verwendung des ſeinem Gegner zuſtehenden Verteidigungsmaterials verurſacht, gereicht auf dieſe Weiſe nicht *ihm*, ſondern dieſem zum Nachteil.

Es beruht demnach jene Einrichtung auf einer Ausgleichung der Verſchiedenheit der Parteirollen, der Teilung der Vorteile des mit dem Beklagtenverhältnis verbundenen Beſitzes zwiſchen beide ſtreitführende Teile. Eben in der möglichſt raſchen Gewinnung dieſer Vorteile liegt für den jedesmaligen Kläger der wirkſamſte Sporn zur Beſchleunigung des Prozeſſes, und ſo paradox es klingt, man darf mit Sicherheit behaupten, daß eine ſolche Zerlegung *eines* Prozeſſes in *zwei* den Streit vereinfacht und abkürzt, anſtatt ihn zu verlängern und zu vervielfachen; denn vor der Benutzung völlig nichtiger Einwendungen in Form der Nachklage bebt mancher zurück, der es in Form der Einrede ſchon damit verſucht haben würde.

Es liegt auf der Hand, daß die Anwendung dieſes Mittels, wenn die berechtigte Rückſicht auf den Kläger nicht in ein Unrecht gegen den Beklagten ausarten ſoll, an ganz beſtimmte Vorausſetzungen geknüpft werden muß. In dieſer Hinſicht das Richtige zu treffen, nach beiden Seiten das Extrem zu vermeiden und die feine Mittellinie aufzuſuchen, die beiden Parteien Genüge leiſtet, das iſt die Aufgabe. Das Problem läßt ſich bezeichnen als die Verwirklichung der Idee der *prozeſſualiſchen Gerechtigkeit*. Es iſt nicht dieſes Orts, dieſes ſchwierige legislative Problem, für das weder die Jurisprudenz noch die Geſetzgebung überall das richtige Verſtändnis betätigt hat, eingehender zu behandeln, allein zur richtigen Beurteilung des älteren römiſchen

---

nämlich den Einfluß, den ſie auf die Verringerung des Streitmaterials äußert, ſ. das Ende dieſes §.

Prozesses ist wenigstens ein Bewußtsein davon, daß es existiert, und eine gewisse Anschauung von der Art, wie es sich verwirklichen läßt, erforderlich; ein weiteres ist mit den folgenden Bemerkungen nicht beabsichtigt.

Bei einer Klage aus einem zweiseitigen Geschäft, welches für beide Teile Rechte und Verbindlichkeiten begründet, kann der Umstand, daß der Kläger seinen Anspruch sofort klarstellt, unmöglich die Wirkung nach sich ziehen, daß der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen aus demselben Geschäft, soweit er sie nicht ebenfalls sofort zu erweisen imstande ist, in der Form der Widerklage („ad separatum", wie wir heutzutage zu sagen pflegen) verwiesen werde. Denn Anspruch und Gegenanspruch stehen hier im engsten Zusammenhange, im Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit, und der Aufenthalt, den der Beklagte veranlaßt, gleicht nur den Vorsprung aus, den der Kläger dadurch vor ihm voraus hat, daß er vor dem Prozeß tun konnte, was der Beklagte erst während desselben tun muß. So hat es denn auch das römische Recht von jeher, seitdem die zweiseitigen Geschäfte als solche klagbar wurden, gehalten. Eine ganz andere Behandlungsweise aber trat in dem Fall ein, wenn die Parteien ihr Geschäft in die Form von zwei einseitigen Verträgen (Stipulationen) kleideten, wie sie vor dem angegebenen Zeitpunkt es mußten, nachher aber es noch stets konnten und sehr häufig taten. Hier stand jeder Anspruch für sich, und es entsprach nur dem Willen beider Parteien, daß der eine in seiner gerichtlichen Geltendmachung durch den andern nicht gehemmt werden sollte; hätten sie das Gegenteil gewollt, so hätten sie dies auf dem Wege der bedingten Fassung beider Stipulationen erreichen können. (Spondesne centum dare, si Titium dederim? — Spondesne Titium dare, si centum dederim?) Das neuere römische Recht hat auch hier aus Gründen, auf die ich erst am Ende des Paragraphen eingehen kann, die Form der exzeptionsweisen Geltendmachung der Gegenforderung zugelassen, so daß also — und dies verdient sicherlich keine Billigung — das Recht den Parteien

die Möglichkeit, ihrem Verhältnis die angegebene streng einseitige Form zu geben, geradezu abschneidet.

Was im bisherigen von ursprünglich zweiseitigen Geschäften gesagt ist, gilt natürlich in um so höherem Maße von ursprünglich einseitigen, und ich kann es auch hier wiederum nicht für eine glückliche Änderung halten, wenn das neuere Recht alle Gründe, mit denen der Beklagte im Wege der Klage ihre Wirksamkeit beseitigen kann, nicht minder in Form der Einrede zuläßt und das ganz allgemeine Prinzip aufstellt: wer eine Klage hat, dem ist auch eine Einrede zu gewähren.[39] Die bedenklichste Anwendung, die das neuere Recht von diesem Satz macht, ist die unbeschränkte Zulassung der Kompensationseinrede, und ich glaube nicht zu schroff zu urteilen, wenn ich diesen scheinbaren Triumph der Billigkeit über das strenge Recht[40] geradezu als einen schweren Verstoß gegen die Idee der prozessualischen Gerechtigkeit bezeichne und darin nur eine Erscheinung wiederfinde, die ich im dritten System mit manchen Belegen hoffe begründen zu können,[40a] nämlich die Entartung und Verweichlichung des gesunden, energischen Rechtsgefühls der alten Zeit. Nur bei einer Materie hat auch das neuere Recht sich von diesem Fehler gänzlich frei gehalten, nämlich beim Besitz. Wo es sich um Klagen handelt, die den Besitz zur Grundlage haben, ist jede Einrede, welche sich auf das Recht bezieht, ausgeschlossen,[41] und diesem Gedanken hat das neuere Recht im Erbrecht sogar eine erweiterte Anwendung gegeben.[42]

Unser heutiges Recht hat den Fehler des späteren römischen

---

39) L. 156 § 1 de R. J. 50. 17) cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Der Satz erleidet jedoch manche Beschränkungen im einzelnen, s. z. B. Note 37.

40) „Aequitas compensationis" L. 18 pr. de comp. (16. 2).

40a) Ich habe dies Versprechen inzwischen erfüllt in meinem Kampf ums Recht Aufl. 8 S. 82, 83.

41) Eine scheinbare Ausnahme in Note 54.

42) Bonorum possessio, remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo, interdictum quod legatorum.

zum großen Teil wieder gut gemacht, teils nämlich dadurch, daß es dem Verkehr durch die an gewisse Urkunden (Wechsel und instrumenta guarentigiata) geknüpfte privilegierte Prozeßart sowohl bei zweiseitigen als einseitigen Geschäften innerhalb gewisser Grenzen die Erlangung der obigen Vorteile in Aussicht stellt, teils dadurch, daß es dem Gedanken des Besitzes die ausgedehnteste Verwendung gegeben hat (Quasibesitz). So scheinbar verschieden diese beiden Verhältnisse sind, so ist es doch dasselbe legislative Motiv, das ihre Gestalt bestimmt; bei beiden ist es nämlich der obige Zweck, die Vorteile der Beklagtenrolle in angemessener Weise zwischen beiden Parteien zu verteilen, das Übergewicht der Verteidigung über die Klage auszugleichen.

Die bisherige Ausführung hat uns gezeigt, daß die unbegrenzte Zulassung des Verteidigungsmaterials in Form der Defensive, weit entfernt durch die Idee der Gerechtigkeit geboten zu sein, umgekehrt mit den Anforderungen der wahren, echten Gerechtigkeit, welche sich nicht allein nach dem bemißt, was sie gibt, sondern auch nach dem, wann sie es gibt,[42a]) unter Umständen in schneidenden Widerspruch treten kann. Dieses Unrecht zu erkennen und zu beseitigen — darein setze ich die Idee und Bestimmung der prozessualischen Gerechtigkeit.[42b]) Ob

---

42a) Gaj. III, 113 non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus. L. 10 § 12 Quae in fr. cred. (42. 8) praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

42b) Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipz. 1859 S. 3, 4, dürfte dieselbe nicht gebührend beachtet haben, sonst würde er in der obigen Einrichtung keine „ganz enorme Beschränkung des ordentlichen Verteidigungsrechts" erblickt haben. Der Umstand, daß der Beklagte den liquiden Beweismitteln des Klägers keine ebenso beschaffenen gegenüber zu setzen vermag, ist kein „zufälliger", sondern ein verschuldeter, dessen Folgen auf ihn selber, nicht auf den Kläger zurückfallen müssen. Der im Text aufgestellte Gesichtspunkt wird freilich ganz allgemein von unserer Jurisprudenz vernachlässigt, während die Römer für denselben ein ungleich höher entwickeltes Verständnis gehabt haben. Auf ihm beruht z. B. die Erleichterung des Beweises bei den Schadenersatzklagen durch Gewährung des Anspruches auf

das Gefühl von ihr es war, was die ältere Jurisprudenz bei der Gestaltung des Prozesses leitete, oder die Rücksicht auf die durch Häufung der Fragen bedrohte Einfachheit und Übersichtlichkeit des Prozesses, ob also ein ethisches Motiv oder ein Gesichtspunkt der legislativen Politik, darüber wäre es müßig, zu rechten; genug, der ältere Prozeß gewährt beiden Gedanken ihr volles Recht.

Es liegt die Frage nahe, nach welchen Rücksichten die Verteilung des Verteidigungsmaterials unter die beiden Formen erfolgt sein mag, warum der eine Einwand in die einer Negation oder exceptio, der andere in einer Gegenklage gebracht worden ist. Um diese Frage zu beantworten, müßte die Geschichte uns tiefere Einblicke in die innere Entwicklung des römischen Rechts, vor allem des Kondiktionensystems verstattet haben, als sie es in Wirklichkeit getan hat. Manches ist dabei unzweifelhaft rein historisch. So z. B. glaube ich, daß der Begriff einer Aufhebung der Rechte „ipso jure“ und die Zahl der einzelnen Fälle im Laufe der Zeit in ähnlicher Weise etwas Feststehendes und historisch Abgeschlossenes geworden ist, wie der Begriff und die Zahl der contractus und delicta. Gründe, denen erst das spätere Recht eine aufhebende Wirkung zugestand, wurden daher schon darum in die Form der Klage gewiesen, weil ihnen die Negation (s. u.) verschlossen war, die der exceptio aber, selbst wenn sie damals bereits existierte, wenigstens solange noch die ursprünglichen Anschauungen nicht ganz abhanden gekommen waren, ungleich mehr

---

das duplum, durch Verstattung des juramentum in litem, die Strafe des Leugnens und manches andere, — lauter Rechtssätze, welche bestimmt sind, den durch Schuld des Beklagten bewirkten Beweisnotstand des Klägers der Idee der Gerechtigkeit gemäß auf Kosten des Beklagten wiederum auszugleichen, und die man sehr unrecht getan, mehr oder weniger fallen zu lassen. Wann erscheint einmal ein Werk über die „Idee der Gerechtigkeit in ihrer Anwendung auf die Gestaltung der Beweistheorie“? Ein wahrhaft abschreckendes Beispiel der gänzlichen Mißachtung derselben bildet die Art, wie man in der früheren gemeinrechtlichen Praxis die Schadenersatzansprüche beurteilte, der stringente Beweis des erlittenen Schadens enthält das schnödeste Unrecht gegen den Verletzten.

gegen ſich hatte, als die der Klage. Erſt durch die Form der Klage hindurch arbeiteten ſie ſich zu der Exzeption hinauf — ein Punkt, auf den ich am Schluß des Paragraphen zurückkommen werde.

Die folgende Darſtellung beſchränkt ſich nicht auf die älteſte Form des römiſchen Prozeſſes. Es iſt nicht bloß die Dürftigkeit unſerer Kenntnis über den Legisaktionenprozeß, die uns zwingt, unſern Blick auf den Formularprozeß zu erweitern, ſondern es iſt die Gleichheit des hier zur Betrachtung ſtehenden, ſie beide gleichmäßig beherrſchenden Grundgedankens. Beide ſind gebaut auf den Grundſatz der einen Frage, aber während der eine, ſoviel wir wiſſen, denſelben nie verleugnet hat, und auch der andere in der erſten Periode ſeines Beſtehens an dieſem überlieferten Fundament ſicherlich nicht gerüttelt hat, weiſt er in einer ſpätern Phaſe ſeiner Entwicklung zwei Bildungen auf, die eine entſchiedene Abweichung von jenem Grundſatz enthalten. Beide ſind prätoriſchen Urſprungs, die eine eine eigentümliche Form der Klage: die actio in factum, die andere die exceptio. Bei der erſten war die Abweichung keine notwendige und durchgehende, ſie konnte unter Umſtänden auf einen Fragepunkt geſtellt werden, aber regelmäßig enthielt ſie zwei; bei der andern dagegen war dieſe Abweichung durch ihre Form ſelbſt mit Notwendigkeit gegeben, ſie fügte zu der im Intereſſe des Klägers geſtellten Frage ſtets eine zweite im Intereſſe des Beklagten hinzu.

Nach dem Zweck unſerer Aufgabe, welcher auf die Schilderung des urſprünglichen Grundbaues des römiſchen Prozeſſes gerichtet iſt, ſcheiden wir daher dieſe beiden Bildungen von dem Kreis unſerer Betrachtung aus, ſoweit ſie nicht etwa dazu dienen können, durch ihren Gegenſatz das Verſtändnis zu fördern.

Wir verfolgen jetzt die Verteidigung in den beiden oben angegebenen Richtungen, und zwar zuerſt in der defenſiven Richtung. Hier nimmt ſie den Charakter einer Negation der Klage an.

1. Verteidigung in Form der Negation.

Dieſelbe Alternative rückſichtlich der Beantwortung der durch die Klage geſtellten Frage, welche dem Richter im alten Prozeß geſtellt iſt, daß er nämlich entweder ſchlechthin bejahen oder ſchlechthin verneinen muß, gilt auch für den Beklagten. Auch ihm iſt nur die Wahl gelaſſen zwiſchen einem kategoriſchen Ja oder Nein, ohne das ausweichende „Aber" der exceptio. Iſt mithin die Behauptung des Klägers ſo gefaßt, daß der Beklagte ſie nur bedingt oder teilweiſe einräumen kann, ſo bleibt ihm, wenn er ſeinem Recht nichts vergeben will, nichts übrig, als ſie ſchlechthin in Abrede zu ſtellen, und ebenſo dem Richter, wenn er ſich nicht überzeugt, daß ſie ihrem ganzen Umfang nach begründet iſt, nichts übrig, als den Kläger ſchlechthin abzuweiſen. Die kleinſte Abweichung von der Wahrheit zu eigenen Gunſten begründet mithin für den Kläger den Verluſt des ganzen Prozeſſes; die Strafe der plus petitio war eine notwendige Konſequenz der obigen Alternative oder, was dasſelbe, der intentio certa. Wo der Anſpruch des Klägers ſich in ſeiner ſchließlichen Geſtalt auf eine Geldſumme reduzierte, und man ihm billigerweiſe nicht zumuten konnte, dieſelbe mit Gefahr der plus petitio ſelber anzuſetzen, wußte man in verſchiedener Weiſe zu helfen, teils nämlich durch vorherige richterliche Feſtſtellung des Betrages in Form eines praejudicium, wovon unten ein Beiſpiel folgen wird, teils durch nachherige Schätzung (arbitrium litis aestimandae), teils auf andere Weiſe. [43])

43) So nämlich bei den Deliktsklagen, z. B. bei der act. leg. Aquiliae, indem man dem Kläger für den Anſatz der Geldſumme („tantum aes dars domino damnas esto", Worte der lex Aquilia L. 2 pr. ad leg. Aq. 9. 2), wo ſie erforderlich war (L. 25 § 2 ibid.), einen ſo weiten Spielraum gewährte (Wert des letzten Jahres bzw. Monats), daß er es ſich ſelbſt zuzuſchreiben hatte, wenn er eine plus petitio beging. Die act. furti lautete bloß auf „pro fure damnum decidere oportere" Gaj. IV, 37, 45, womit die bei jedem „dare oportere" erforderliche Angabe einer beſtimmten Sache oder Summe umgangen, indem der Betrag ins ungewiſſe geſtellt war, d. h. im Sinne des ſpäteren Prozeſſes die intentio war eine incerta.

Der Umfang der Negation beſtimmte ſich nach dem der Behauptung; je nachdem letztere enger oder weiter gefaßt, war damit auch jener ein engerer oder weiterer Spielraum angewieſen. Es ergab ſich daraus die Notwendigkeit, die Klage ſo weit zu faſſen, daß dem Beklagten der nötige Raum zu ſeiner Verteidigung offen blieb. Hätte man alſo z. B. die Klagformel ſo formuliert, daß „Kläger dem Beklagten **100** *geliehen* habe", ſo hätte der Beklagte mit dem Einwande, daß „er ſie *zurückgezahlt*", in demſelben Prozeß gar nicht gehört werden können, weil darin eine neue *poſitive* Behauptung gelegen hätte. Man mußte folglich die Klagformel ſo einrichten, daß ſie *beide* Behauptungen in ſich aufnehmen konnte, und dies geſchah dadurch, daß man ſie auf das „*Schuldigſein*" ſtellte. Dieſe Faſſung ließ von ſeiten des Klägers als *Affirmative* des Schuldigſeins die Behauptung zu, daß er die **100** *gegeben*, von ſeiten des Beklagten als *Negative* des Schuldigſeins die, daß er ſie *zurückgezahlt* habe. Alle Klagformeln mußten mithin, wenn ſonſt der Grundſatz der Negation durchführbar ſein ſollte, auf die *gegenwärtige Exiſtenz des Rechtes* lauten — und in der Tat iſt dies die Form aller altrömiſchen Klagen[44]) —, ſie ſind ſämtlich, wie die römiſchen Juriſten es ausdrücken, „*in jus conceptae*".

---

44) Mithin im Infinitiv des Präſens. Die in rem actiones ſind mit Andeutung der *abſoluten* Natur des ihnen zugrunde liegenden Rechts (III, 485) auf ein *esse* geſtellt (rem, hereditatem meam esse, jus utendi, eundi mihi esse, tibi non esse), die actiones in personam mit derſelben feinen Andeutung der ihnen zugrunde liegenden Verpflichtung der Perſon auf *oportere* (dare, pro fure damnum decidere oportere). Hätte die Formel der act. furti auf: si paret Nn. furtum *fecisse* gelautet (*Rudorff*, R. G. II, 353; Gaj. IV. 37, auf den er ſich beruft, ſpricht von der Klage des Peregrinen), wäre ſie alſo ſtatt in jus, in factum konzipiert geweſen, ſo hätte der Einwand des Beklagten, daß man ſich verglichen habe, die Form eines beſondern Zuſatzes zur Klage, d. h. einer exceptio annehmen müſſen, bekanntlich hob aber das pactum die act. furti ipso jure auf, und dies war nur möglich, wenn letztere auf ein „oportere" gerichtet war, dieſer Faſſung gegenüber ſtellte ſich jener Einwand als Negation, als Behauptung des „non oportere" dar.

Den Gegensatz zu ihnen bilden die vorhin erwähnten actiones in factum conceptae des prätorischen Rechts. Der Begriff „jus" war ein historisch abgeschlossener; als jus im konkreten Sinn bezeichnete die korrekte Sprache des Prozesses nur ein solches, welches dem jus im abstrakten Sinn, dem jus civile, entsprach, der Prätor konnte sich mithin für die von ihm eingeführten Klagen nicht der Ausdrücke bedienen, in denen man sich gewöhnt hatte die Bezeichnung eines jus zu erblicken (Note 44), es erübrigte ihm nur eine Fassung, welche diese Bezeichnung umging, es war die der „actiones in factum". Die Formel lautete hier auf die Tatsache (factum), auf welche der Anspruch des Klägers sich gründete, und zwar, da diese Tatsache regelmäßig der Vergangenheit angehörte, im Gegensatz zu dem Infinitiv Präsentis des Civilrechts im Infinitiv Perfecti.[45]) Um hier nun dem Beklagten, welcher die angegebene Entstehung des klägerischen Anspruchs zwar einräumte, aber die spätere Aufhebung desselben behauptete, Raum zu dieser Behauptung zu geben, mußte natürlich der Formel ein darauf gerichteter Zusatz als zweites Glied einverleibt werden. Die actiones in factum waren daher in der Regel zweigliedrig, sie enthielten zwei Fragen: eine im Interesse des Klägers — das Klagfundament —, eine im Interesse des

45) z. B. A. A. apud N. N. mensam deposuisse — convenisse inter A. A. et N. N., ut res pignoris nomine obligata esset — patronum in jus vocatum esse, Gaj. IV, 46, 47. Nur wo die Klage von einer gegenwärtigen Tatsache abhing, z. B. beim interd. uti possidetis vom gegenwärtigen Besitz, ward natürlich das Präsens gebraucht: possidetis. Eine beachtenswerte Bemerkung über die Verschiedenheit der materiellen Auffassung des Anspruchs bei beiden Arten der Klagen (bei der einen: Richtung desselben auf Erfüllung einer Pflicht, bei der andern auf Schadenersatz wegen einer rechtswidrigen Handlung) s. bei Bruns in der Ztschr. für Rechtsgesch. I S. 59. — Der alten Form der Klage entsprechend, wird auch die confessio in jure auf „jus" gelautet haben, und ein Purist mochte bezweifeln, ob der Ausdruck auch auf das „factum" bei der act. in factum passe; so möchte es sich erklären, daß die lex Rubria c. 22 neben dem (auf das vorhergehende „oportere, debere, esse" zu beziehende) „confessus erit" noch das (auf das „habere, fecisse" zu beziehende) dixeritve gebraucht.

Beklagten, gefaßt bald als negative Beſchränkung des Klagfundaments, bald als exceptio.[46]) Einige Formeln waren bloß eingliedrig; hier ſteckte das nötige Verteidigungsmaterial ſchon im poſitiven Klagfundament.[47])

Wenn ich den ſoeben entwickelten Gegenſatz in der Faſſung der Klagen erſt hier bei Gelegenheit der Verteidigung behandelt habe, ſo geſchah es, weil er erſt hier für uns von Bedeutung wird. Seine Bedeutung iſt übrigens keineswegs auf den hier in Frage ſtehenden Geſichtspunkt der Form der Verteidigung beſchränkt, und es möge mir erlaubt ſein, darüber noch einige Worte hinzuzufügen.

Wer ſich auf den Standpunkt des römiſchen Formalismus ſtellt und von ihm aus, wie man es ja muß, den Gegenſatz beurteilt, dem bietet er, ſo äußerlich er ſcheint, doch reichen Stoff zum Nachdenken. Daß ſich in ihm der Gegenſatz der verſchiedenen Zeiten, denen er angehört, klar abſpiegelt, wird keines ausführlichen Nachweiſes bedürfen. Die actio in jus concepta iſt eins jener formaliſtiſchen Kunſtprodukte, die den fein entwickelten Formenſinn der alten Jurisprudenz kennzeichnen; ihr gegenüber macht die act. in factum den Eindruck des Rohen, Formloſen. Nicht bloß darum, weil jene in einem Satz erreicht, wozu dieſe mehrere nötig hat, ſondern vor allem darum, weil jene, indem ſie die Kondemnation

---

46) Beiſpiel der erſten Form: . . rem deposuisse (poſitiver Teil des Klagfundaments) eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse (negativer Teil). Beiſpiel beider Formen bei der act. hypothecaria: convenisse . . . ut res pignoris nomine obligata esset (poſitiver Teil) eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisdatum esse neque per A. A. stetisse, quominus solveretur (negativer Teil) si non voluntate creditoris veniit (exceptio, L. 8 § 9 quib. mod. pig. 20. 6).

47) z. B. . . patronum contra edictum . . . in jus vocatum esse Gaj. IV, 46, in dem contra edictum ſteckte der Stoff zur Verteidigung (z. B. L. 11 de in jus 2. 4), ebenſo bei den poſſeſſoriſchen Interdikten .. possidetis nec vi nec clam nec precario alter ab altero (L. 1 pr. uti poss. 43. 17).

an die Voraussetzung der Existenz eines Rechts knüpft, dieselbe innerlich motiviert, während letztere sie rein äußerlich an das Vorhandensein gewisser Tatsachen knüpft. Aus bloßen Tatsachen aber folgt nie die Notwendigkeit der Verurteilung — das Mittelglied, das Recht fehlt. Bei jener Fassung ist diese Notwendigkeit eine innere, die sich von selbst versteht — denn wo ein Recht vorhanden ist, da muß es auch realisiert werden —, bei dieser eine äußerliche, die sich der Form nach lediglich auf positive Anordnung stützt. Sodann faßt jene wiederum die (positiven und negativen) Bestandteile des Tatbestandes zur Einheit des Begriffs zusammen, schließt ihn also innerlich ab, während diese dieselben als bloß äußerlich zusammengefügtes Aggregat nebeneinander stellt. Dieser Unterschied ist aber von der äußersten Wichtigkeit — an ihn knüpft sich ein Stück römischer Jurisprudenz. Wer ein „Recht" angeben soll, muß über dessen Natur mit sich im reinen sein, wer bloße Tatsachen für sich anzuführen braucht, kann sich dem entziehen. In der formula in jus concepta lag also eine Nötigung zur Klarheit über die systematische Natur der Rechte; ein Jurist, der aus irgend einer lex eine legis actio fabrizieren wollte, mußte sich klar sein, ob die intentio auf esse oder oportere gestellt werden müsse, m. a. W., ob der Anspruch ein absoluter oder relativer sei. Hätte er statt dessen die Formel in factum konzipieren können, so hätte er diese Frage ganz umgehen können, wie dies ja später bei der act. hypothecaria wirklich geschah, und vielleicht würde uns dann auch über ein Recht des alten Zivilrechts derselbe Streit geblüht haben, wie heutzutage der über die Natur des Pfandrechts. Die harmlose Unentschiedenheit ihrer ziviliſtischen Natur, deren sich so manche Rechte modernen Ursprungs bei der Formlosigkeit unserer Klagen — man kann sie nicht einmal mit den actiones in factum der Römer auf eine Linie stellen — jahrhundertelang erfreut haben und zum Teil noch erfreuen, wäre bei der römischen actio in jus concepta völlig unmöglich gewesen, die Reallasten z. B. würden mit dem ersten Schritt, den sie in den römischen Prozeß hinein hätten tun wollen,

sich haben entscheiden müssen, ob actio in rem oder actio in personam. Die Sprache der actio in jus concepta ist die des Juristen, die der actio in factum kann jeder Laie reden — wohl dem Rechte, das früh jene Sprache zu lernen gezwungen gewesen ist!

Und doch hätte anderseits dieser Zwang der prozessualischen Bezeichnung der Rechtsbegriffe bei der act. in jus concepta der Tod der Jurisprudenz werden können. Es hing nur von dem Maß ab, in dem das materielle Recht in der Klage zur Erscheinung kommen mußte, um den Zwang zur wissenschaftlichen Klarheit in ein Hemmnis jedes Fortschrittes, um die Bestimmtheit in Versteinerung zu verwandeln; denn alles, was einmal in der Formel der legis actio Platz gefunden hatte, war so gut wie unabänderlich geworden. Hätten die alten Juristen die Formel der legis actio in derselben breiten Weise konzipiert, in der man wohl zu andern Zeiten Klagformulare und Geschäftsformulare abgefaßt hat, hätten sie also z. B. in die Formel der reivindicatio die Eigentumserwerbungsarten aufgenommen, so wäre es um jede freie Bewegung im Innern der Institute geschehen gewesen — die Erstarrung an der Oberfläche würde sich auch auf die Tiefe ausgedehnt haben. Es bewährt sich darin wiederum so recht der Takt der alten Jurisprudenz, daß sie den Rechtsbegriff in der Klage zwar fixierte, aber daß sie es tat, ohne ihn zu fesseln (III 652 flg.).

Untersuchen wir den Spielraum, den die actio in jus concepta der Verteidigung vergönnte.

Von vornherein hat die Meinung viel für sich, daß derselbe ein sehr enger gewesen sei. Denn wenn der Beklagte lediglich auf Negation angewiesen ist, so ist ja die Berufung auf alle Gründe und Verhältnisse ausgeschlossen, welche nicht direkt eine Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs involvieren. Unter dieser Voraussetzung scheint z. B. der Eigentümer gegen den Usufruktuar mit Erfolg die Vindikation anstellen zu können, denn die Berufung auf den Nießbrauch enthält keine Negation des Eigentums. Gegenüber diesem engen Spielraum der Verteidigung wäre das

Gebiet, das derselben später mittelst der exceptio eröffnet ward, ein unvergleichlich weites gewesen. Hier kann der Beklagte, frei von jeglicher Beschränkung, den Anspruch des Klägers in jeder gedenkbaren Weise bekämpfen: er kann ihn in seiner abstrakten juristischen Existenz bestehen lassen und dennoch wegen der Mängel, die ihm anhaften, sich seiner Ausübung widersetzen — er kann dem Anspruch einen Gegenanspruch gegenüber stellen und ihn damit zurückschlagen, ja die verschiedenartigsten Rechte, wie z. B. Eigentum und Obligation (exc. rei venditae et traditae), können in dieser Form sich gegenüber gestellt werden.

Diese Ansicht von der vermeintlichen übertriebenen Enge des ältern und der unverhältnismäßig größern Weite des neuern Verteidigungssystems beruht jedoch auf Schein. Freilich der Gründe, auf welche der Beklagte hier seinen Antrag auf Befreiung stützen konnte, war eine ungleich größere Zahl geworden als dort; Haussöhne, Frauenzimmer genossen im ältern Prozeß noch nicht den Schutz des Sc. Macedonianum und Vellejanum, dem Betrogenen und Gezwungenen kam noch keine exceptio doli und metus zu Hilfe. Allein darauf die Ansicht zu bauen, daß der prozessualische Mechanismus diesen Schutz ausgeschlossen habe, wäre sehr irrig. Hätte man sonst nur für die materielle Notwendigkeit dieser Befreiungsgründe sich entschieden, die Form hätte keine Schwierigkeit geboten, man würde es schon verstanden haben, sie ganz so wie die Verteidigungsgründe des ältern Rechts (s. u.) unter den Gesichtspunkt einer Negation des klägerischen Rechts zu bringen, d. h. man würde sie als Nichtigkeitsgründe behandelt haben. Warum das spätere Recht dies nicht tat, darüber habe ich mich schon oben (S. 56) geäußert.

Das beste Mittel, um diesen Irrtum von der vermeintlichen großen Differenz des Spielraums der Negations- und Exzeptions-Verteidigung zu widerlegen, besteht darin, den beiderseitigen Spielraum miteinander zu vergleichen.

Die Exzeption wird uns als ein Mittel bezeichnet, welches die Kondemnation bald völlig ausschließt, bald bloß verrin-

gert.[48]) Daß auch die Negation, unbeschadet der Grundsätze von der plus petitio, dieser doppelten Wirkung fähig war, wird der Verlauf der Darstellung lehren (Note **56, 66, 71, 76**).

Das Fundament oder der Stoff der Exzeption kann dreifacher Art sein; zu allen drei Arten liefert die Negation Seitenstücke.

Die erste Art ist die Behauptung der Mangelhaftigkeit der Entstehungsweise des klägerischen Anspruchs, Beispiele bieten die obengenannten Fälle der exc. Sc. Macedon., Vellej., metus, doli. Dieser ersten Grundform der exc.: der ursprünglichen Mangelhaftigkeit, entspricht im System der Negation die ursprüngliche Nichtigkeit; Beispiele gewähren alle Gründe, welche „ipso jure" das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts ausschließen: Fehler in der Form, z. B. Präterition eines suus im Testament, Mangel der Handlungsfähigkeit, z. B. Verträge eines Wahnsinnigen, Unmündigen, Erteilung der tutoris auctoritas in rem susam, u. a.

Die zweite Grundform der exceptio betrifft die später eingetretene Mangelhaftigkeit des klägerischen Anspruchs, sie umfaßt alle Ereignisse, Vorgänge im Leben desselben, welche, ohne dieses selber aufzuheben, doch die fernere Wirksamkeit desselben hemmen — Gebrechen und Fehler, die das ursprünglich gesunde dem von Anfang an siechen Recht völlig gleich stellen. Diesen Gründen korrespondieren im System der Negation die, welche das Recht hinterher „ipso jure" aufheben; der Entkräftung entspricht die Vernichtung. Beispiele gewähren für jene: die Verjährung der Klage, der formlose Erlaß (pactum de non petendo), für diese: Untergang des klägerischen Eigentums durch Usukapion von seiten des Beklagten, der formelle Erlaß (acceptilatio), das pactum bei der act. furti u. a. m.

Während diese beiden ersten Grundformen der exc. der innern Mangelhaftigkeit des klägerischen Rechts selber ihren Stoff ent-

---

48) L. 22 pr. de exc. (44. 1). Über die Möglichkeit der verringernden Wirkung der exc. s. H. Dernburg, Die Kompensation S. 218 flg.

nehmen, entlehnt die dritte ihn dem Verhältnis desselben zu einem selbständigen Recht des Beklagten, sie repräsentiert uns den Konflikt zweier Ansprüche, welche sich in ihrer Verwirklichung hemmen oder paralysieren, so z. B. zweier Obligationen (Kompensations-, Retentionseinrede), oder des Eigentums und der Obligation (exc. rei vend. et traditae). Daß das Negationssystem auch für diese Form ein Seitenstück zu liefern imstande sei, möchte man im ersten Moment bezweifeln, denn wie kann der Beklagte, wenn er lediglich auf Negation des klägerischen Anspruchs angewiesen ist, demselben einen positiven Gegenanspruch gegenüberstellen? Antwort: dem Konflikt beider Ansprüche muß die Gestalt gegeben werden, daß der eine den andern, sei es von vornherein, ausschließt oder hinterher vernichtet. Es ist die Aufgabe des folgenden, zu zeigen, wie die alten Juristen durch Anwendung dieses Kunstgriffs es verstanden haben, der scheinbar so ungelenken Verteidigungsform des alten Prozesses eine Verwendbarkeit zuzuwenden, welche hinter der der exceptio wenig zurückblieb, und es dem Beklagten zu ermöglichen, dem Recht des Klägers ein eigenes, selbständiges Recht als Negationsfaktor gegenüber zu stellen.

Der Weg, den sie zu dem Zwecke einschlugen, war ein doppelter; teils der des materiellen Rechts, teils der des Prozesses. Dort ward die Berufung des Beklagten auf sein Gegenrecht lediglich durch Sätze des materiellen Rechts ermöglicht, ohne daß das Gegenrecht im geringsten prozessualisch (d. h. in der Klagformel oder im Urteil) sichtbar wurde: der Beklagte negierte in jure einfach die Existenz des klägerischen Rechts und begründete diese seine Negation demnächst in judicio einfach mit dem Nachweis seines eigenen (das erstere aufhebenden) Rechts. Der zweite Weg bestand darin, daß man der Klage mit Rücksicht auf den beabsichtigten Einwand des Beklagten eine ganz besondere Fassung gab, welche es ermöglichte, ihn in Form der Negation der Klage gegenüberzustellen; hier ward das Recht des Beklagten prozessualisch sichtbar. Für gewisse Verhältnisse reichte auch dieser Weg nicht

aus, und hier schlug man den ein, den Streit über die beiderseitigen Rechte als zwei Klagen zu einem einzigen Doppelprozeß (judicium duplex) zusammenzufassen.

I. Der Weg des materiellen Rechts.

Das Gesetz der Scheidung und selbständigen Entwicklung der einzelnen Teile eines höheren Ganzen, welches das Gesetz einer jeden Entwicklung überhaupt ist, betätigt sich auch an dem Verhältnis des materiellen Rechts und des Prozesses. Ursprünglich ganz zusammengewachsen und unlöslich aneinander gekettet, gehen beide im Laufe der Zeit auseinander, jedes von ihnen seine eigentümlichen Probleme verfolgend und seinen eigentümlichen Lebensgesetzen gehorchend. So wird das Band zwischen ihnen immer lockerer, das Verhältnis schließlich ein rein äußerliches. Die prozessualischen Einrichtungen bilden ausschließlich die Form des Verfahrens aus, ohne zur Unterstützung derselben eine besondere Gestaltung des materiellen Rechts in Anspruch zu nehmen, und das materielle Recht widmet sich seinen Aufgaben, ohne des Prozesses dabei zu gedenken, ja es kommt endlich der Zeitpunkt, wo man sogar vor der Idee nicht mehr zurückschrickt, eine ganz neue Prozeßordnung einzuführen, den Prozeß der wesentlichsten Umgestaltung zu unterziehen, ohne am materiellen Recht zu rütteln, und umgekehrt letzteres in eine völlig neue Form zu bringen, ohne den Prozeß im mindesten zu alterieren Von einem solchen Standpunkt der Entwicklung aus, wie es der unserer heutigen Zeit ist, läuft man nur zu sehr Gefahr, das ursprüngliche Verhältnis zwischen beiden Teilen zu verkennen und im Licht der eigenen Zustände zu beurteilen, und es bedarf erst eines künstlichen Sicheinlebens in die Vergangenheit und ihre eigentümlichen Zustände, um die Erscheinungen, die sie uns aufweist, wirklich zu verstehen.

Zu dieser Betrachtung haben mir die Rechtssätze Veranlassung gegeben, deren Bedeutung ich im folgenden zu ermitteln versuchen werde. Sie gehören sämtlich dem materiellen Recht an, und

doch ist ihre Bedeutung eine rein prozessualische. Ein prozessualischer Zweck nämlich, die Ermöglichung der Verteidigung des Beklagten in Form der Negation, hat ihnen das Leben gegeben, aber die spätere Entwicklung des Prozesses hat den Boden, auf dem sie gewachsen waren, und der ihre eigentümliche Gestalt bedingte, überflutet, ohne sie selbst mit hinwegzuschwemmen, und so ragen sie als Überbleibsel einer frühern Epoche in eine Zeit hinein, die für ähnliche Zwecke völlig andere Formen zur Anwendung brachte, ganz geeignet, den Unkundigen irre zu führen.

Dahin gehört zunächst die Regel, daß weder ein Kauf oder Mietkontrakt, noch eine Verpfändung, ein Prekarium oder Depositum der eigenen Sache möglich sei.[49]) Der ursprüngliche Sinn und Zweck derselben war in meinen Augen der, dem wahren Eigentümer, der in Unkenntnis seines Eigentums einen der genannten Verträge abgeschlossen hatte, gegenüber der Klage seines Gegners auf Rückgabe der Sache oder auf Zahlung des Kaufpreises oder Mietzinses die Berufung auf sein Eigentum und damit die Abwehr des klägerischen Anspruches zu ermöglichen. In seiner nackten Gestalt als Berufung auf das eigene Eigentum wäre dieser Einwand im ältern Prozeß unmöglich gewesen, denn in dem Prozeß über die Obligation oder über den Besitz[50]) konnte von der andern Seite nicht die Eigentumsfrage eingemischt werden. Wollte man den Einwand gleichwohl zulassen, so war dies nur in der Form möglich, daß man ihm die Gestalt einer Bestreitung des Klagegrundes gab: der Kauf, die Miete usw. ist nichtig, denn er hat meine eigene Sache betroffen. Prozessualisch ward

49) L. 45 pr. de R. J. (50. 17). Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. L. 21 de usuc. (41. 3), L. 31 § 1 Dep. (16. 3) u. a.

50) Auf die von mir (in der zweiten Aufl. meiner Abhandlung über den Grund des Besitzesschutzes S. 97 flg.) bestrittene Natur des interdictum de precario als eines int. recuperandae possessionis gehe ich hier selbstverständlich nicht weiter ein.

hier das Eigentum weder in der Klage, noch im Urteil sichtbar, der Grundsatz der einen Frage war gerettet.[51])

Der obige Rechtssatz gehört in meinen Augen zur Zahl derjenigen, mittelst welcher das ältere Recht die Berücksichtigung eines wesentlichen Irrtums zu vermitteln versuchte,[52]) die stillschweigende Voraussetzung desselben ist Irrtum über das Eigentum im Moment des Geschäftsabschlusses. Darum zessiert die Berufung auf das Eigentum, wenn dasselbe erst später entstanden ist,[53]) oder wenn die Kontrahenten bei Abschluß des Geschäfts sich darüber nicht in Unkenntnis befanden, in welchem Fall man ihre Intention in einer Weise interpretierte, die sich mit der Tatsache des Eigentums vertrug.[54])

Dasselbe Mittel, das die alten Juristen in diesem Fall zur Anwendung bringen, um dem Beklagten dem obligatorischen Anspruch des Klägers gegenüber eine Berufung auf sein Eigentum zu ermöglichen, kehrt wieder, um in gewissen Fällen ganz

---

51) Als Form, in welcher der Inzidentstreit über das Eigentum zum Austrag gebracht werden konnte, bot sich die sponsio praejudicialis dar (Gaj. IV. § 93: Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertois XXV nummos dare spondes?). Möglicherweise erfolgte die Erledigung des Präjudizialpunktes bereits vor der Konstituierung des Judiziums über die persönliche Klage, so daß je nach Ausfall des Vorverfahrens das Hauptverfahren entweder unterblieb oder zustande kam.

52) Zu diesen Rechtssätzen zähle ich auch den über den Einfluß der Präterition der sui auf die Gültigkeit des Testaments (wer um die Existenz der sui weiß, kann sie durch exheredatio nach älterm Recht einfach beseitigen; wer dies unterlassen hat, von dem kann man annehmen, daß er gar nicht darum gewußt hat), das Erfordernis des Eigentums des Testators beim Vindikationslegat (s. u.), der Existenz der Schuld beim constitutum u. a.

53) Dies ergibt sich aus dem unten (§ 53) bei der Theorie der Rechtsgeschäfte zu entwickelnden Grundsatz, vermöge dessen nur die bereits vorhandenen Momente bei Abschluß des Rechtsgeschäfts in Betracht gezogen wurden.

54) Indem man nämlich dem Eigentum den Besitz substituiert L. 34 § 4 de cont. emt. (18. 1) . . . ut possessionem emat, L. 28 de poss. (41. 2) . . . specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae, L. 6 § 4 de prec. (43. 26) cum possessionis rogetur, non proprietatis precarium.

dasselbe in bezug auf eine Gegenforderung zu erreichen; wie jener Fall uns den Konflikt der Obligation mit dem Eigentum repräsentiert, so dieser den der Obligation mit der Obligation.

Es schien den alten Juristen billig, dem Ehemann, der nach Auflösung der Ehe die Dos herausgeben solle, ein Abzugsrecht wegen der von ihm aufgewandten notwendigen Auslagen einzuräumen. Da die Gegenforderung des Mannes aus dem obigen Grunde in der Formel keinen Platz fand, so ward der Sache die Wendung gegeben, daß sich die Forderung der Frau um den Betrag der Gegenforderung ipso jure vermindert habe. Auf diese Weise kam letztere positiv als solche im Prozeß gar nicht zum Vorschein, sie wirkte nur negativ als Subtraktionsfaktor, indem sie den Betrag der Klage von vornherein um den entsprechenden Anteil verringerte — der Konflikt beider Forderungen vollzog sich nicht in und durch, sondern vor und außer dem Prozeß, Gegenstand des letzteren ward lediglich die schon vorher um die Gegenforderung verringerte Forderung der Klägerin.

Das ist meiner Ansicht nach[55]) die ursprüngliche Bedeutung des Satzes, daß die notwendigen Auslagen die Dos ipso jure vermindern.[56]) Wäre dieses Abzugsrecht erst in späterer Zeit zugelassen worden, als die Exzeptionen sich bereits völlig eingebürgert hatten, so würde es schwerlich in diese, sondern wahrscheinlich in dieselbe Form gebracht worden sein, die dem erst später aufgekommenen Abzugsrecht des Mannes wegen der nütz-

55) Ich halte an dieser in der ersten Auflage aufgestellten Ansicht auch fernerhin fest; die abweichenden Ausführungen von Bechmann, Dotalrecht II S. 267 fl., Dernburg, Kompensation Aufl. 2 S. 105 fl., Czyhlarz, Dotalrecht S. 277 fl. haben mich in bezug auf die Zeit und die Prozeßform, die ich im Auge habe, nicht überzeugt.

56) Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt; L. 5 § 2 de pact. dot. (23. 4), L. 5 de imp. (25. 1), L. 1 § 4 L. 2 § 1 L. 5 de dot. prael. (33. 4). Die Erklärung, die man sonst von dieser Regel gibt (z. B. Dernburg, Kompensation S. 105 fl.), ist nicht sowohl eine Erklärung, als eine andere Fassung der Regel.

lichen Verwendungen gegeben ist,[57]) nämlich in die des Retentionsrechts (exc. doli). Die Verschiedenheit der Form beider kommt meiner Ansicht nach lediglich auf Rechnung der Verschiedenheit ihrer Entstehungszeit und der damals herrschenden Prozeßsysteme; vom praktischen Standpunkte aus könnte man beide als Anwendungsfälle des Retentionsrechts bezeichnen, wie dies die römischen Juristen in der Tat auch getan haben.[58])

Das Genauere über die Art und Weise, wie jener Abzug formell in der Klagformel vermittelt wurde, ist uns nicht erhalten. Zur Zeit, als die Klagen mit einer intentio incerta (S. 22) aufgekommen waren, hatte die Sache gar keine Schwierigkeit; die Frau klagte mit der act. rei uxoriae auf „quantum aequius melius sit dari"; in dem „quantum" steckt bereits die Hindeutung auf die Verringerung der Dos durch die Gegenforderung. Allein zur Zeit, als noch das Prinzip der intentio certa existierte, und als es noch keine eigentliche Dotalklage gab, die Dos vielmehr nur auf Grund der über ihre Rückgabe abgeschlossenen Stipulationen (cautiones rei uxoriae) zurückgefordert werden konnte,[59]) mußte die Klage nicht unbestimmt auf ein „quantum", sondern auf das ganz bestimmte Dotalobjekt und mithin, wenn letzteres in Geld bestand, auf Geld gerichtet werden. Hier hätte also die Frau, wenn sie sich nicht einer plus-petitio und damit der Gefahr des Verlustes des ganzen Prozesses aussetzen wollte, die Gegenforderung des Mannes auf Heller und Pfennig genau

57) L. 7 § 1 de imp. (25. 1) . . utiles non quidem ipso jure minuunt dotem.

58) Daß Justinian in § 37 I. de act. (4. 6) dies tut („retentio concessa"), soll nicht schwer in die Wagschale fallen, wohl aber Ulp. VI, 9. 14 (retentio propter impensas), L. 56 § 3 de J. D. 23. 3) . . retineatur und die vorige Note; ähnlich beim Pekulium (s. u.), für welches die L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) das „ipso jure minutum esse peculium" und „retentionem habiturum" ebenfalls identifiziert.

59) A. Gellius N. A. IV, 3 datiert dieselben von der Ehescheidung des Carvilius Ruga (523 d. St.); zu dieser Zeit aber stand meiner Ansicht nach das Prinzip der intentio certa noch in vollster Blüte.

in Abzug bringen müssen. Durfte man ihr dies zumuten? Sie kannte weder den Betrag der Gegenforderung aus eigener Erfahrung, noch brauchte sie denselben dem Manne ohne Beweis zu glauben. Die Analogie des Argentarius (s. u.), der die Gegenforderung ganz genau kennen konnte und mußte, läßt sich eben aus dem Grunde hier nicht heranziehen. Eben darauf beruht meines Erachtens der Zweck der von Gajus[60]) mitgeteilten Präjudizialklage über den Betrag der Dos. Einen verständigen Grund für die Notwendigkeit dieser Präjudizialklage soll man noch erst angeben. In das System der intentio incerta paßt sie absolut nicht, denn hier steht ja der Ermittelung und Feststellung des Betrags der Dos in dem Dotalprozeß selber nichts im Wege, sie weist also mit Notwendigkeit auf das System der intentio certa hin. Wie will man sie aber hier einfügen? Etwa so: die Frau hätte, sei es sofort nach Bestellung und Auszahlung der Dos, sei es später zu irgend einem beliebigen Zeitpunkt, den Betrag der Dos richterlich feststellen lassen können? Aber wozu das? Konnte die Frau bei Gelegenheit der Präjudizialklage den Betrag nachweisen, und dies mußte sie ja, um den Richter zu überzeugen, so konnte sie es auch bei Gelegenheit der Dotalklage. Wozu also dieser antizipierte Beweis, für den der ältere Prozeß sonst gar keine Parallele darbietet? Und wenn er für den Dotalanspruch möglich war, warum nicht auch für jede andere Forderung? Kurz, jene Präjudizialklage hat gar keinen Sinn, wenn man sie auf die Forderung der Klägerin bezieht. Dagegen gewinnt sie eine ungeahnte Bedeutung, sowie man sie mit der Gegenforderung des Beklagten in Beziehung setzt; denn daß letztere, nachdem die Ehe geschieden war und die Frau ihren Anspruch auf Rückgabe der Dos geltend machen wollte,[61]) einen Gegenstand des

60) Gaj. IV, 44: praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur . . quanta dos sit. Die Erklärung, die O. Bülow, de praejudic. form. (Breslau 1859) gibt, befriedigt mich nicht.

61) Ich weiß nicht, wie Czyhlarz a. a. O. S. 280 dazu gekommen, mir die — allerdings keiner Widerlegung bedürftige — Ansicht zu imputieren,

Streits unter den Parteien abgeben konnte, und zwar nicht bloß die Frage über den Betrag der Verwendungen, ſondern auch die über ihren Charakter als notwendiger Auslagen,[62]) liegt ebenſo ſehr auf der Hand, als daß man der Frau nicht zumuten konnte, dieſe Frage in Form des gewöhnlichen Prozeſſes mit Gefahr der plus-petitio zur Entſcheidung zu bringen, zu geſchweigen des Falles, wo beide Parteien in Frieden und ohne Prozeß die Sache erledigen wollten.[63]) Daß die Formel der Klage, wenn Gajus ſie ſonſt richtig mitteilt, nicht direkt auf die Höhe der Impenſen, ſondern auf die der Dos lautete, wird als Gegengrund nicht angeführt werden dürfen; denn der Sache nach ſteckte in der einen Frage zugleich die andere,[64]) und wir ſind nicht in der Lage zu beſtimmen, ob nicht mit der weitern Faſſung noch andere Zwecke ſich verbanden.[65])

---

als hätte der Mann, ſofort wenn er eine Auslage gemacht hatte, das obige praejudicium gefordert. Während der Ehe wußte man ja noch gar nicht, ob es zur Herausgabe der Dos kommen würde, das praejudicium hatte erſt Sinn, wenn dies feſt ſtand und die Frau den Betrag und die Natur der von dem Manne liquidierten impensae necessariae nicht zugeſtand.

62) L. 15 de imp. (25. 1) . . . non tam facile in universum definiri possunt.

63) Ebenſo, wenn es ſich z. B. bei Gelegenheit der Kollation der Dos um deren Höhe handelte L. 1 § 5 de dot. coll. (37. 7) . . . impensarum necessariarum fit detractio.

64) Ebenſo wird bei dem Streit über den Betrag der Quarta Falcidia die Frage nicht direkt auf dieſen Betrag, ſondern auf den des Nachlaſſes gerichtet (ſ. u.).

65) Wenn der arbiter den Betrag der Verwendungen ermittelt hatte, ſo konnte die Klägerin, bevor er erkannte: quanta sit dos, die Auslagen erſetzen und auf dieſe Weiſe ſich die unverkürzte Reſtitution der urſprünglichen Dotalobjekte ſichern, arg. L. 56 § 3 de J. D. (23. 3, v. nisi impensa reddatur. Damit erledigen ſich die Bedenken, welche Czyhlarz a. a. O. dem Fall entnommen hat, wenn die Dos nicht in Geld, ſondern in andern Sachen beſtand. Berichtigte die Frau nicht vor Erlaß des Erkenntniſſes im praejudicium die vom arbiter feſtgeſtellte Impenſenſumme, ſo äſtimierte er die Sachen in Geld, zog den Betrag der Impenſen ab und erkannte ſchließlich auf Geld. Wollte ſie das vermeiden und die Sachen in natura wieder haben, ſo mochte ſie die Impenſen erſetzen, ganz ſo, wie es der Legatar im Fall der

Diese soeben entwickelte Ansicht wird durch einen zweiten Konfliktsfall in hohem Grade unterstützt, nämlich durch die Art, wie man bei dem Abzug der Quarta Falcidia verfuhr. Ähnlich wie von der Dos heißt es von den Legaten, daß sie durch das Falcidische Gesetz bis zu der dem Erben zuständigen Quart „ipso jure" vermindert würden.[66]) Auch hier handelte es sich um ein Abzugsrecht,[67]) auch hier aber erhob sich im älteren Recht dieselbe Schwierigkeit der prozessualischen Gestaltung dieses Abzugsrechts. Da nämlich bei einer Überbürdung der Erbschaft mit Vermächtnissen letztere sich „ipso jure" um ebensoviel verringerten, als die Quart des Erben betrug, so lag in der Einklagung derselben zum ganzen Betrage eine plus-petitio; wollte der Legatar sich dagegen wahren, so mußte er die Quart abziehen. Aber wie konnte er es? wie konnte man von ihm verlangen,[68]) daß er den Stand des Nachlasses so genau kenne oder in Erfahrung bringe? Der Erbe selber war vielleicht noch gar nicht einmal in der Lage, darüber genaue Auskunft zu geben, oder er verweigerte sie in böser Absicht.

Es gab hier verschiedene Mittel,[69]) von denen ich des Zu-

L. 5 § 1 de exc. doli (44. 4) und der Vindikant in bezug auf die Impensenforderung des Beklagten tun mußte, wenn er nicht wollte, daß es schließlich in der sententia zur Abschätzung der Sache in Geld und Aufrechnung der beiderseitigen Geldforderungen kommen sollte.

66) L. 73 § 5 ad leg. Falc. (35. 2) . . pro rata portione per legem ipso jure minuuntur. L. 1 § 5 quod legat. (43. 3).

67) Daher auch bei beiden dieselben Ausdrücke: deducere und deductio s. z. B. L. 15, 16 de imp. (25. 1) . . ex dote deduci . . ex dote deductionem. L. 80 pr. ad leg. Falc. (35. 2) Ulp. XXV, 14 . . quarta deducta; detrahere L. 1 § 5 de dot. coll. (37. 7), L. 73 § 5 ad leg. Falc. (35. 2). Ebenso bei dem Pekulium (s. u.) L. 11 § 7 de pec. (15. 1) . . deducere . . . detrahere.

68) L. 76 § 1 de R. V. (6. 1) . . justam enim habet ignorantiam legatarius . . quotam partem vindicare debeat.

69) Die Vindicatio mit deductio (s. u.); sodann bei unteilbaren Gegenständen der in L. 80 § 1 ad leg. Falc. (35. 2) und L. 5 § 1 de doli exc. (44. 4) angegebene Weg.

sammenhangs wegen nur der Präjudizialklage gedenke; es ward den Parteien ein Arbiter[70]) bestellt, welcher den Stand des Vermögens zu ermitteln hatte und durch seinen Ausspruch es dem Legatar ermöglichte, die Quart selber zu berechnen und dementsprechend seine Klage auf so viel weniger zu richten.

Der Satz, daß der Anspruch des Klägers sich ipso jure um die Gegenforderung des Beklagten vermindere, oder, wie wir ihn fortan bezeichnen wollen, das Retentions- und Kompensationsrecht in seiner ältesten Gestalt, wiederholt sich drittens auch beim Pekulium. Bekanntlich statuiert das römische Recht Naturalobligationen zwischen dem Hausherrn und den ihm untergebenen Personen. Wenn letztere sich in dem Besitz eines Pekuliums befinden, und der Herr auf Zahlung ihrer Schulden aus diesem ihren Sondervermögen (actio de peculio) oder auf gesamte Überlassung desselben aus einem Legat oder einem andern Grunde in Anspruch genommen wird, so ist ihm verstattet, seine Forderungen in Abzug zu bringen. Auch hier aber kann die Gegenforderung der Einrichtung des alten Prozesses gemäß nicht als solche dem Anspruch des Klägers gegenübergestellt werden, sondern sie kann wiederum nur negativ, als Subtraktionsfaktor zur Geltung gelangen; wie die Dos sich um so viel vermindert, als die notwendigen Impensen, so das Pekulium um so viel, als die Forderungen des Herrn betragen.[71]) War die ange-

70) L. 1 § 6 si cui plus (35. 3) . . arbiter dari solet ad ineundam quantitatem bonorum. So erklärt sich L. 76 § 1 de R. V. (6. 1) . . propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud judicem (d. h. nicht im judicium, sondern im prae-judicium) examinatur.

71) L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) . . ipso jure . . minutum esse peculium, L. 11 § 7 de pec. (15. 1) . . non est in peculio, quod domino debetur, L. 9 § 2 ibid. peculium deducto, quod domino debetur, computandum esse. Auf diese juristische Verminderung, Vermehrung und Aufhebung ist der Ausspruch in L. 40 pr. de pec. (15. 1): peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur zu beziehen. Das Gegenstück s. oben Note 31. Die Herbeiziehung des Begriffs der universitas juris (Dernburg, Kompensation S. 117 ff.) ist zur Erklärung unserer Regel meiner Ansicht nach weder nötig, noch ausreichend.

stellte Klage eine persönliche, so war die Sache ziemlich einfach. Der Kläger gab lediglich den Betrag *seiner* Forderung an, ohne daß ihm ein gleiches rücksichtlich der Höhe des Pekuliums obgelegen hätte;[72]) er stellte vielmehr seinen Antrag nur unbestimmt auf Zahlung „bis zum Betrag des Pekuliums", es bedurfte mithin nicht, wie bei der Dos, erst eines Präjudizialverfahrens über diesen Betrag, sondern dieser Punkt erledigte sich von selbst bei Gelegenheit der Kondemnation. Ungleich schwieriger aber stand die Sache, wenn die angestellte Klage eine dingliche war, also z. B. wenn der verstorbene Herr des Sklaven das Pekulium ihm selber oder irgend einem andern in Vindikationsform legiert hatte. Der Legatar konnte hier seine Klage nicht auf den *Betrag* oder den *Wert* des Pekuliums im ganzen richten, sondern er mußte die *einzelnen* Sachen vindizieren,[73]) von *Sachen* aber lassen sich *Schulden* nicht abziehen, denn Eigentum und Obligation sind irrationale Größen.[74]) Der Behauptung des Klägers „die Sachen sind *mein*" konnte der Beklagte nicht entgegensetzen „ich habe eine *Forderung*", sondern sein Forderungsrecht mußte, wenn sonst das Abzugsrecht nicht verloren gehen sollte, in diesem Fall in eine *Eigentumsquote* umschlagen, das Recht auf einen *Wert* sich zum Recht an der *Substanz* verdichten.[75]) Damit waren Minuend und Subtrahend in gleichartige Größen verwandelt, und in demselben Verhältnis, wie sich der Betrag der *Forderung* des Beklagten zum Gesamtwert des Pekuliums verhielt, bekam er Miteigentum an jeder einzelnen Sache; das

72) L. 30 pr. de pec. (15. 1) . . intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio, das Dasein des Pekuliums bildet kein Erfordernis der intentio, sondern der condemnatio, und darum entscheidet nicht der Betrag im Moment der Litiskontestation (S. 24), sondern des Urteils.

73) L. 56 de R. V. (6. 1) . . singulas res . . petet.

74) L. 5 pr. de imp. (25. 1) . . etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. L. 26 § 4 de cond. ind. (12. 6) non fit confusio partis rei cum pecunia.

75) Dieser Gegensatz ist in der in der vorigen Note zitierten L. 5 pr. sehr klar erfaßt.

Recht des Klägers war also auch hier „ipso jure vermindert", auch hier trat das Recht des Beklagten ihm entgegen in der Form einer (partiellen) Negation.[76]) Damit ergab sich aber für den Kläger wiederum derselbe Notstand, wie oben für die Frau bei der Dos: er soll, wenn er sich nicht der Gefahr der plus-petitio aussetzen will, seine Klage nur auf das richten, was übrig bleibt, nachdem der Teil des Beklagten abgezogen ist, und doch kann er ihn nicht abziehen, weil er ihn nicht kennt. Wie hier helfen? Hier wäre ein Präjudizialverfahren ganz am Platz gewesen, und ob das frühere Recht sich dessen nicht wirklich bedient hat, bleibe dahin gestellt. Die römischen Juristen nennen uns zwei andere Mittel, die act. communi dividundo und die vindicatio incertae partis;[77]) ob schon der ältere Prozeß beide Klagen in Richtung auf einen unbestimmten Teil zugelassen habe, möchte ich bezweifeln.[78])

Das Gemeinsame der Fälle, welche wir bisher betrachtet haben, besteht darin, daß der Beklagte dem Kläger einen selbständigen

---

76) Es wird jetzt klar sein, was es heißt, wenn die römischen Juristen sagen: „singula corpora pro rata deminui debebunt" (L. 6 pr. de pec. leg. 33. 8) oder „si crediderit, id ipso jure detrahi et corpora singula per hoc aes alienum deminui" (L. 8 pr. ibid.). Derselbe Gesichtspunkt kehrt aus demselben Grunde bei der Quarta Falcidia wieder, L. 1 § 5 quod leg. (43 3) . . ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt und arg. L. 76 § 1 de R. V. (6. 1), L. 8 § 1 Comm. div. (10. 3). Hätte die Frau die Dos statt mit einer persönlichen Klage mit einer Vindikation zurückfordern müssen, so würde Ulpians Ausführung in L. 5 pr. de imp. (25. 1) gerade entgegengesetzt gelautet haben.

77) L. 8 § 1 Comm. div. (10. 3); es wird hier auch der Fall des Abzugs der Quarta Falcida genannt, und er kehrt wieder in der L. 76 § 1 de R. V. (6. 1).

78) Für die reiv. bedarf dieser Zweifel keiner Rechtfertigung, für die act. comm. div. stütze ich ihn darauf, daß nach dem Separationssystem der Klagen im alten Prozeß (§ 51) diese Klage nicht zugleich eine Funktion haben konnte, für die es eine eigene Klage: die reivindicatio gab, nämlich das Eigentum der Parteien festzustellen, s. darüber die Analogie der act. fam. ercisc. L. 1 § 2 si pars her. (5. 4) . . aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae.

Anspruch gegenüber stellt, ohne daß derselbe prozessualisch im mindesten sichtbar wird, und ohne daß es zu dem Zweck eines besondern Zuschnitts der Klagformel bedarf; der Einwand hält sich ganz innerhalb der Grenzen der Negation, und so wenig es sonst für Gründe, welche unter den Gesichtspunkt der Negation fallen, d. i. das Recht des Klägers ipso jure ausschließen, eines besonderen Vermerks in der Klagformel bedarf, so wenig hier.

Der Weg, den die Juristen in diesen Fällen eingeschlagen haben, der einer Appretur des materiellen Rechts zugunsten prozessualischer Zwecke oder, wenn ich so sagen darf, einer in einen Rechtssatz versteckten Einrede, wiederholt sich noch in manchen andern Fällen, die nicht unter unsern Gesichtspunkt der Geltendmachung eines Gegenanspruchs fallen. Wer dafür ein Auge hat, wird in manchen Sätzen des materiellen Rechts diesen, ich möchte sagen, prozessualischen Zug nicht verkennen können. Die römischen Juristen stellen als Erfordernis des Darlehns den Übergang des Eigentums auf.[79]) Heißt das: Kläger hat dies Erfordernis zu behaupten und zu beweisen? Ein Einfall, über den ich kein Wort zu verlieren brauche. Der Zweck des Erfordernisses war vielmehr der, dem Beklagten einen Ipso-jure-Einwand offen zu halten, nämlich den, daß ihm der Darlehnsgegenstand evinziert worden war, m. a. W. jenes in positiver Gestalt ausgedrückte Erfordernis kam ähnlich wie das der bona fides oder der Usukapionsfähigkeit der Sache bei der Usukapion nur als Negation von seiten des Beklagten (indirekter Gegenbeweis) und nur unter ganz besondern Voraussetzungen zur Sprache. Ohne jenen Satz hätte der Beklagte den Einwand nur in Form der exceptio, d. h. im ältern Recht gar nicht vorschützen können — der Satz enthielt also in Form eines absoluten, positiven Erfordernisses des Tatbestandes den Stoff zu einer eventuellen Einrede. Ganz dieselbe Bewandtnis hatte in meinen Augen das Erfordernis des Eigentums des Testa-

79) L. 2 § 4 de R. Cr. (12. 1). In mutui datione oportet dominum esse dantem.

tors am Objekt des Vindikationslegats.[80]) Den Beweis dieses Erfordernisses dem Legatar aufbürden, hätte geheißen, den Erfolg des Legats in den meisten Fällen geradezu vereiteln und in bezug auf die Beweislast das natürliche Verhältnis zwischen Erben und Legatar völlig verkehren, denn wenn Beweismittel über das Eigentum des Erblassers überhaupt existierten, so befanden sie sich im Besitz des Erben, nicht des Legatars; die Meinung, daß der Legatar den Beweis hätte führen müssen, ist in meinen Augen eine Gedankenlosigkeit, gegen die ich jedes weitere Wort für verloren halte.[81]) Auch für dieses Erfordernis bleibt als praktischer Zweck nur der übrig, daß es dem Erben den Stoff zu einer Einrede gegen die Gültigkeit des Legats hat geben sollen, deren Grund selbstverständlich er selber zu beweisen hatte, z. B. daß die Sache ihm selber gehöre, oder daß der Testator später, d. h. nach errichtetem Testament, das Eigentum auf einen andern übertragen habe.[82]) Dasselbe Sachverhältnis wird sich in manchen andern Fällen wiederholt haben.[83])

---

80) Gaj. II, 196. Ulp. XXIV, 7.

81) Gegen diese Idee s. auch das Zeugnis von Quintil. I. O. IV, 2 § 6: satis est dixisse: . . . legatum peto ex testamento; diversae partis expositio est, cur ea non debeantur.

82) Darum das Erfördernis des Eigentums im Moment des Testaments und des Todes Gaj. II, 196. Unter diesen Gesichtspunkt fiel gewiß auch eine spätere Verpfändung in Form der fiducia, während eine bereits fiduzierte Sache auch in Form des Vindikationslegats gültig legiert werden konnte, Gaj. II, 220.

83) In meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes (Aufl. 2 S. 50 fl.) habe ich außer den obigen noch folgende namhaft gemacht: Eigentum am stipulierenden Sklaven als Bedingung der Gültigkeit der Stipulation, Eigentum an der gestohlenen oder verletzten Sache bei der cond. furt. und der act. leg. Aquiliae, Suffizienz der Erbschaft für die hinterlassenen Legate. Es ist ein durch unsere heutige Beweistheorie veranlaßter weitverbreiteter Irrtum, als ob im römischen Prozeß der Kläger stets die im Edikt oder in der Formel bezeichneten Voraussetzungen seines Rechts hätte beweisen müssen. Aber wohin würde dies geführt haben! Man vergleiche einmal L. 1 § 6 quod falso (27. 6): si id actor ignoravit, L. 1 pr. de his qui (9. 3): insciente domino, L. 7 § 11 de Publ. (6. 2): qui bona fide

Der bisher geschilderte Weg war nicht überall anwendbar, er paßte nur für solche Fälle eines Zusammentreffens verschiedener Rechte, bei denen beide sich gegenseitig ganz oder teilweise vernichten. Dagegen war er ungeeignet für alle Fälle eines friedlichen Nebeneinanderbestehens beider. Mit dem Eigentum des Klägers verträgt sich ein Nießbrauch in der Person des Beklagten, mit dem Miteigentum des einen dasselbe Rechtsverhältnis auf seiten des andern. Wenn man hier, wie es ja gar nicht zu umgehen war, dem Beklagten die Berufung auf sein Recht verstatten wollte, wie konnte das geschehen, ohne den Grundsatz der einen Frage zu verletzen? Das Recht des einen läßt sich hier ja nicht unter den Gesichtspunkt einer Negation des gegnerischen bringen.

Die römischen Juristen haben auch diese Aufgabe trefflich zu lösen verstanden Der Weg, den sie einschlagen, besteht in der entsprechenden Anpassung der Klage für die Zwecke der bestimmten in Aussicht genommenen Verteidigung; der Kläger wird gezwun-

---

emit, L. 1 pr. ibid.: non a domino, L. 16 § 2 de pec. const. (13. 5): neque solvere, neque fecisse neque per actorem stetit. Gaj. IV, 47 dolo malo redditam non esse. Ganz dasselbe galt sicherlich auch von der Klausel der possessorischen Interdikte: nec vi, nec clam, nec precario (die also nicht, wie Rudorff zu Savigny, Recht des Besitzes Aufl. 7 S. 691, annimmt, den Kläger zum Beweis des relativ fehlerfreien Besitzes verpflichtete). Den begangenen Fehler sieht man sich dann genötigt durch Präsumtionen der bona fides usw. wieder unschädlich zu machen. Ob das obige Verhältnis im Text nicht auch beim constitutum und bei der novatio hinsichtlich des Erfordernisses einer vorausgehenden Schuld anzunehmen ist, möchte ich keineswegs so schlechthin verneinen, wie dies Bruns, Zeitschr. f. R. G. I. S. 73, tut, ich halte es vielmehr im Hinblick auf die übrigen, von mir beigebrachten Fälle für sehr wohl möglich, daß damit dem Beklagten nur ein Ipso-jure-Einwand hat gewährt werden sollen, derselbe, der sonst die Gestalt der exc. doli wegen mangelnder causa an sich trägt. In meinen Vorlesungen pflege ich jene Momente, welche nur den Zweck haben, dem Beklagten Stoff zu einem Einwande zu geben, als negative Elemente des Tatbestandes zu bezeichnen, das lehrreichste Beispiel gewähren die negativen Voraussetzungen der Usukapion: bona fides, Usukapionsfähigkeit der Sache, Unterbrechung der Usukapion, die positive Ausdrucksform der beiden ersten darf über ihre wahre Natur nicht täuschen.

gen, seinen eigenen Anspruch in einer Weise zu formulieren, daß der des Beklagten ihm gegenüber unter den Gesichtspunkt der Negation fällt: die Klage kommt sozusagen der Verteidigung auf halbem Wege entgegen. Für gewisse Zwecke reicht dieser Weg nicht aus, und hier kommt es dann — sollen wir sagen mit Verleugnung des Grundsatzes der Negation oder des Grundsatzes, daß zwei Klagen nicht zu einem Prozeß verbunden werden dürfen? — zu einem Prozeß mit positiven Behauptungen beider Parteien, der Doppelklage.

Es ergeben sich daraus für die folgende Betrachtung drei prozessualische Formen, nämlich:

1) Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts;
2) Substituierung einer Klagformel im Interesse des Beklagten an Stelle der vom Kläger gewählten;
3) Doppelklage.

1. Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts.

Zwei Anwendungsfälle derselben sind jedem Kenner der römischen Rechtsgeschichte aus Gajus[84]) zur Genüge bekannt, es sind dies die beiden Klagen des argentarius[85]) und des bonorum emtor; jener wird gezwungen, wie Gajus sich ausdrückt (cogitur), cum compensatione agere, dieser (jubetur) cum deductione agere.[86]) Das Unterscheidende dieser beiden Fälle ist für uns hier ohne Wert und findet sich bei Gajus klar auseinandergesetzt, dagegen ist das, worin sie übereinstimmen, nämlich die Art, wie sie es erreichen, daß die Gegenforderung des Beklagten

84) Gaj. IV, 64—68.

85) Sie ist oben S. 43 bereits erwähnt.

86) Wie die Kompensation des spätern Rechts an diese Form anknüpft (Paulus S. R. II. 5 § 3 . . compensare ac deducere debes, L. 4 L. 18 § 1, L. 21 de comp. 16. 2) gehört nicht mehr hierher. Die zweite Klage im Text ist zwar prätorischen Ursprungs, allein ihr Zuschnitt ist ganz im Geist des ältern Prozesses.

zu ihrem Recht gelangt, von um so höherm Interesse für uns. Es geschieht dies in derselben Weise, wie bei unsern beiden obigen Beispielen der Dos und des Pekuliums, nämlich durch *Subtraktion*, nur daß letztere, die dort prozessualisch nicht als solche sichtbar, sondern nur in ihrer *Wirkung* fühlbar ward, hier in der Klagformel offen zutage tritt. Der Kläger fordert in derselben nämlich: „so viel, als ihm nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten zukommt". Der Argentarius aber muß dabei die Gegenforderung und sein Saldo bis auf Heller und Pfennig genau angeben; versieht er sich darin, so verliert er den ganzen Prozeß. Von ihm kann man mit Fug und Recht die exakteste Genauigkeit verlangen, denn Buch- und Rechnungführen ist ja sein Geschäft, und dafür wird er bezahlt. In dem andern Fall hingegen ist der Kläger in den meisten Fällen gar nicht in der Lage, den Betrag der Gegenforderung zu kennen, und darum wird *ihm* auch die Angabe desselben gar nicht zugemutet, die Ermittlung und Feststellung desselben vielmehr dem Prozesse überlassen. Hier wie dort erstreckt sich die prozessualische Verhandlung auch auf die Gegenforderung, allein der Grundsatz der Einheit der Frage ist formell dadurch gewahrt, daß dieselbe nicht als Gegenforderung der Forderung des Klägers *entgegen* tritt, so daß es sich um zwei selbständige Ansprüche handeln würde, sondern daß sie lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Modalität der klägerischen Forderung erscheint, als ein für die *Höhe* derselben ausschlaggebendes Moment, m. a. W. der Prozeß dreht sich nicht um zwei Forderungen von 100 und von 20, sondern um eine einzige von 80.[87])

Die beiden von Gajus mitgeteilten Fälle waren schwerlich die einzigen, in denen diese eigentümliche Art der Klagfassung zur Anwendung kam. Zwar für die persönlichen Klagen, also für den Konflikt der Forderung mit der Gegenforderung, habe ich keinen Grund zu dieser Behauptung,[88]) wohl aber für die dingliche

87) L. 21 de comp. (16. 2): ab initio minus ab eo petitur. Gaj. IV. 44 ab initio compensatione facta minus intendit sibi dari oportere.

88) Ob in Vat. fr. § 108 . . *deductis* quintis singulorum libe-

Klage, namentlich den Konflikt des Eigentums mit dem Nießbrauch. Setzen wir den Fall, es hätte jemand in seinem Testament seiner Witwe den Nießbrauch, einer andern Person aber das Eigentum an seinem Hause vermacht, die Gültigkeit dieses letzteren Legats aber wäre in Frage gekommen, und der Berechtigte wollte die Frage zur gerichtlichen Entscheidung bringen. Wie gegen jede andere Person, so stand ihm auch gegen die Witwe die reivindicatio zu, allein, während er jener gegenüber nicht nötig hatte in seiner Klage des Umstandes zu gedenken, daß ihm der Nießbrauch entzogen sei, konnte er es dieser Beklagten gegenüber nicht unterlassen, denn in ihr stand ihm ja gerade die Person gegenüber, welcher der Nießbrauch gehörte. Mochte er denselben anerkennen oder bestreiten — kurz, so wie ihm das Mittel, sein Eigentum ihr gegenüber, so mußte ihr das Mittel gewährt werden, ihren Nießbrauch ihm gegenüber zur Anerkennung zu bringen. Dafür bot sich ein ganz einfaches Mittel dar, nämlich die Form der reivind. mit dem Zusatz deducto usufructu. Diese Formel ist in Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit bezeugt,[89]) und bei der Übereinstimmung zwischen den Formeln der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, sowie bei der notwendigen Deckung, die rücksichtlich der Bezeichnung des Umfangs des Rechts bei Gelegenheit der Bestellung und der Geltendmachung desselben stattfinden mußte, würde schon von vornherein die größte Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß die Formel der in jure

---

rorum nomine repetere posse eine Klage mit deductio gemeint ist, wozu Ulp. VI, 4: quintis relictis .. stimmen würde, wird sich schwer entscheiden lassen.

89) Die Formeln der mancipatio und in jure cessio mit deductio werden Vat. fr. § 50 mitgeteilt. Von ihnen ist namentlich die der in jure cessio als einer nachgebildeten Vindicatio (III. 552) besonders wichtig: ajo hunc fundum meum esse deducto usufructu. Statt „deducto" kommen ähnlich wie bei den notwendigen Impensen der Dos (Note 67) auch retento (Vat. fr. § 313) detracto (L. 36 § 1, L. 54 de usufr. 7. 1, L. 19 de usu leg. 33. 2) vor, bei Gaj. II, 33 beide Ausdrücke: detrahere und deducere nebeneinander.

cessio deducto usufructu sich bei der reivindicatio wiederholt habe. Diese Wahrscheinlichkeit wird fast zur Gewißheit, wenn man einerseits das unleugbare praktische Bedürfnis einer solchen Klagformel und anderseits die beiden oben mitgeteilten Fälle einer persönlichen Klage mit ähnlichem Vorbehalt in Anschlag bringt.[90])

Ob sich mit der Zeit nicht noch andere Fälle einer solchen Klage mit deductio werden entdecken lassen, darüber wäre es voreilig jetzt schon abzusprechen;[91]) uns kann es genügen, daß wir diese Klageform nachgewiesen haben.

2. Substitution der Klagformel.

Wie wir soeben gesehen haben, ward der Kläger in den beiden oben (Note 86) genannten Fällen gezwungen, einen Vorbehalt zugunsten des Beklagten in die Klage aufzunehmen. Dieser Zwang kehrt in verstärktem Maße bei der jetzt zu betrachtenden Form wieder, er richtet sich aber nicht dahin, daß der Kläger sich eine Modifikation der Formel gefallen lasse, sondern daß er die von ihm beabsichtigte Klagformel völlig aufgebe und statt deren eine andere wähle, die dem Beklagten für die Verfolgung des von ihm in Anspruch genommenen Rechts den nötigen Spielraum verstattet. Die Klage kommt hier der Verteidigung nicht mehr bloß auf halbem Wege entgegen, sondern sie läßt sich ganz zu ihr hinab.

90) Man wende mir nicht die exceptio rei ususfructus nomine traditae (L. 7 pr. usufr. quemadm. 7. 9) ein, denn diese exc. ist ähnlich wie die exc. rei venditae et traditae auf den Fall zu beziehen, daß das intendierte Recht nicht in solenner Weise bestellt, sondern die Sache nur zu dem Zweck übergeben war („rei ususfructus nomine traditae"), kurz auf den ususfructus traditus, der „ipso jure" nicht als bestehend galt. S. auch L. 16 si serv. (8. 5), welche bei einer bloß gekauften, d. h. nicht in Form Rechtens bestellten Prädialservitut ebenfalls die exceptio zuläßt.

91) Gehört nicht L. 2 de R. V. (6. 1) hierher: at „detracto alieno" nihilominus gregem vindicaturus sit? Der Zusatz: in restitutionem non veniunt aliena capita scheint ebenfalls dafür zu sprechen.

Dieser Klagezwang ist ein notwendiges Komplement des alten Prozesses, für den Beklagten ebenso unentbehrlich, wie es für den Kläger in gewissen Fällen (S. 70—73) die Präjudizialklage war;[91a]) beide Einrichtungen geben den Parteien erst das nötige Maß der freien Bewegung zurück, das ihnen sonst durch die Enge der Prozeßformen entzogen sein würde.

Überzeugen wir uns davon an dem früher gesetzten Fall eines Rechtsstreits zwischen Eigentümer und Usufruktuar. Angenommen, der Eigentümer hätte einfach gegen letzteren die Vindikation angestellt, der Beklagte aber sich auf sein ihm vom Kläger bestrittenes Recht berufen. Wäre hier dem Richter die gewöhnliche Frage im Vindikationsprozeß gestellt worden: si paret rem actoris esse, so hätte er den Beklagten mit der Behauptung seines Nießbrauchs gar nicht hören dürfen, denn dieselbe enthielt keine Negation des Eigentums, selbst nicht eine partielle: „der Nießbrauch — lautet die Regel — ist kein Teil des Eigentums".[92]) Anderseits aber konnte man doch auch den Einwand des Beklagten nicht in die Formel aufnehmen, denn Eigentum und Nießbrauch sind ebenso irrationale Größen und folglich in derselben Formel ebenso unverträglich miteinander, wie Eigentum und Forderung (Note 74). Man half sich hier in der Weise, daß man eine Formel komponierte, die gewissermaßen die Mitte zwischen den Rechten beider Parteien hielt, beiden sowohl die Behauptung des eigenen als die Bestreitung des gegnerischen Rechts verstattete.[93]) Es ist dies die act. negatoria. Der Kläger be-

---

91a) Beispiele eines solchen Klagezwanges in den Justinianischen Quellen s. in L. 7 § 5 Comm. div. (10. 3), L. 1 §. 2 Si pars her. (5. 4), L. 3 § 7 de hom. lib. (43. 29), und so wird auch L. 4 Uti poss. (43. 17) zu verstehen sein (Degenkolb, Platzrecht und Miete S. 75 fl.); ein Beispiel aus dem englischen Prozeß s. bei Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 339.

92) L. 25 pr. de V. S. (50. 16). Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.

93) Es ergibt sich daraus, daß es vom Standpunkt des reinen römi-

hauptet dem Beklagten gegenüber: jus tibi non esse me invito utendi fruendi; als Negation dieser Behauptung ist damit dem Beklagten die Entgegnung freigestellt: jus mihi esse te invito utendi fruendi.[94]) Der Grundsatz der Negation ist demnach vollkommen aufrecht erhalten, und nur die Anwendung hat etwas Überraschendes, weil dadurch die logische Form der Behauptungen beider Parteien sich geradezu umkehrt, dem Beklagten die positive, dem Kläger die negative Form in den Mund gelegt wird. Die Behauptung des klägerischen Eigentums ist etwas versteckt, sie liegt in dem: me invito,[95]) denn nur der wahre Eigentümer hat das Recht, dem angeblichen Usufruktuar die fernere Benutzung der Sache zu untersagen. Dieser Zusatz war daher höchst wesentlich, denn ohne ihn hätte jeder Nichteigentümer mit demselben Erfolg wie der Eigentümer gegen den Usufruktuar die act. negatoria erheben, d. h. die Alternative stellen können, entweder sein Recht zu beweisen oder die Aberkennung desselben zu gewärtigen.[96]) Dagegen war er bei der act. confessoria nicht

---

schen Rechts aus nicht richtig ist, wenn man im vermeintlichen Gegensatz zu der durch die reivindic. aufzuhebenden totalen Verletzung des Eigentums die Voraussetzung der act. neg. in eine partielle Verletzung desselben setzt; wer dem Eigentümer wegen eines ihm angeblich zustehenden ususfructus die Sache vorenthält, verletzt das Eigentum gewiß nicht minder total, als jeder andere Besitzer.

94) Wenn der Usufruktuar oder, allgemein gesprochen, der Servitutberechtigte sich zur Klage genötigt sieht (act. contraria L. 8 pr. si serv. 8. 5 oder confessoria), so dreht sich das Verhältnis zwischen beiden Formeln um, der Kläger bedient sich der positiven, der Beklagte der negativen Fassung. Nur bei den negativen Servituten, die dem Servitutberechtigten das Recht geben, dem Gegner eine bestimmte Art der Benutzung seines Eigentums, z. B. das Höherbauen zu untersagen, kann der Kläger, statt seine Klage positiv auf sein jus prohibendi zu stellen (act. prohibitoria), sie auch negatorisch fassen; was diese Doppelfassung notwendig machte, und an welche Voraussetzung sie geknüpft war, ist zurzeit noch nicht ermittelt.

95) H. Witte in der Zeitschr. für Zivilr. und Prozeß. Neue Folge. B. 13 S. 386.

96) Der Zusatz ist für den Ususfruktus bezeugt durch Ulpian in L. 5 pr. si ususfr. (7. 6), für andere Servituten durch manche Stellen, z. B. L. 4

erforderlich,[97]) denn diese Klage kann nicht bloß gegen den Eigentümer, sondern gegen jeden angestellt werden.

---

§ 7, L. 6 pr. si serv. (8. 5), L. 17 Comm. praed. (8. 4), L. 15 de O. N. N. (39. 1). Wenn er anderwärts von den römischen Juristen ausgelassen wird und danach auch in § 2 I. de act. (4. 6), so wird wohl niemand darüber im Zweifel sein können, wo die genauere Fassung zu suchen ist. Theophilus IV, 6 § 2 ersetzt ihn durch das Pronomen possessivum: aedibus meis, per agrum meum, das er ganz verkehrterweise (s. u.) auch für die act. confess. gebraucht. Die Basiliken (XVI, 6, 5) lassen ihn bei Übertragung der L. 5 cit. aus, dagegen wird er von Stephanus in dem von Zachariä von Lingenthal (Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 260 flg.) mitgeteilten Scholium sehr betont: „indem der Kläger sich jener Formel bedient, heißt es hier, gibt er sich damit als Eigentümer zu erkennen". In eigentümlicher Weise konstruiert Keller (Röm. Zivilproz. § 15) die Formel der act. negatoria für den Legisaktionenprozeß „nego tibi jus esse (eundi) utendi fruendi fundo Corneliano" — ihr zufolge hätte auch der Nichteigentümer des fundus Corn. die Klage mit Erfolg anstellen können, denn das Erfordernis des Eigentums ist in dieser Formel ja mit nichts angedeutet! Den entgegengesetzten Fehler begeht Rudorff (R. Rechts-G. II S. 132) bei seiner Rekonstruktion der Formel der act. confessoria im L.-A.-Prozeß „ajo mihi jus esse utendi fruendi fundo tuo" — diese Klage hätte bloß gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks gerichtet werden dürfen, und der Kläger hätte das Eigentum des Beklagten beweisen müssen! — — zwei neue Belege für mein früher (III. 623, Note 861d) ausgesprochenes Urteil über das Mißliche einer Rekonstruktion römischer Formeln. Wenn irgend jemand, so glaubten gerade diese beiden Rechtshistoriker sich darauf zu verstehen, und doch haben sie hier Fehler der allergröbsten Art begangen, vor denen schon das einfachste Nachdenken sie hätte bewahren sollen.

97) Wer die Servitut hat, hat sie gegen jeden, nicht bloß gegen den Eigentümer des belasteten Grundstückes, und daraus ergibt sich, daß die Betonung des dem bestimmten Beklagten fehlenden Prohibitionsrechts („te invito") völlig überflüssig ist. Nur in dem Fall, wenn jemand in konfessorischer Fassung die Nichtexistenz einer von dem Beklagten in Anspruch genommenen negativen Servitut, z. B. der servitus altius non tollendi erstreiten wollte (materiell die Negatorienklage auf Freiheit seines Eigentums diesem bestimmten Beklagten gegenüber), war der Zusatz nicht zu entbehren. Denn, angenommen, der Kläger schuldete zwar nicht dem Beklagten, wohl aber einem andern die Servitut, so hätte er durch absolute Behauptung ihrer Nichtexistenz zuviel behauptet, also den Prozeß verlieren müssen. Der Zusatz „te invito" gab der Behauptung die erforderliche Relativität L. 4 § 7 si serv. (8. 5) . . . licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo

Das bisher Gesagte litt auf die Prädialservituten keine Anwendung, da sie nicht mit dem Besitz der Sache verbunden sind; ihnen gegenüber war die reivindicatio gar nicht denkbar, der Eigentümer vielmehr von vornherein auf die act. negatoria angewiesen. Dagegen würden die Inhaber eines Faustpfandes, einer Superfizies oder Emphyteusis, wenn schon das ältere Recht diese Verhältnisse als jura in re gekannt hätte, nur in derselben Weise sich auf ihr Recht haben berufen können und folglich auch bei klagweiser Verfolgung dasselbe mittelst einer act. confessoria haben verfolgen müssen, denn beides bedingte sich gegenseitig.[98]) Eben daraus, daß dies nicht der Fall, der Einwand hier nicht die Form der Negation, sondern der Exzeption an sich trägt,[98a]) geht hervor, daß diese Rechte spätern Ursprungs sind.

Ein anderes Beispiel des Klagezwangs bietet das Verhältnis des Erben dar, der gegen die Besitzer erbschaftlicher Gegenstände auf Herausgabe derselben dringt. Es stehen ihm zu dem Zweck zwei Mittel zu Gebote, die reivindicatio und hereditatis petitio; aber welches von beiden zu wählen ist, darüber entscheidet nicht sein Wille', sondern die Verteidigung des Beklagten. Setzt letzterer nämlich der Behauptung des klägerischen Eigentums die des eigenen Erbrechts entgegen, so wird der Kläger angehalten, seinen Anspruch in Form der hereditatis petitio zu verfolgen,[98b]) um dadurch dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, seinen

agitur, non serviunt, hoc igitur intendo habere jus altius tollendi invito eo, cum quo ago. Auch wenn der Gegner konfessorisch klagen wollte, durfte er nicht fehlen, denn sonst hätte der Beklagte ihn nicht in seine Verneinung aufnehmen dürfen, da Klage und Negation gleichlautend sein mußten. Wo aber diese Relativität bereits im Inhalt der Servitut lag (z. B. zu gehen über dieses Grundstück), bedurfte es dieses Zusatzes weder bei der act. confess. noch bei der negatoria, s. z. B. L. 9 pr. L. 11, 12, 13, 14 § 1 si serv. (8. 5), jedoch findet er sich auch hier, s. z. B. L. 17 pr. § 1 ibid.

98) L. 8 § 5 si serv. (8. 5) verb. ergo per contrarium agi poterit: jus esse.

98a) L. 1 § 4 de superf. (43. 18).

98b) Dazu dient im Formularprozeß die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat. Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden, S. 213.

Einwand in die Gestalt einer Negation der Klage zu bringen. In dem entgegengesetzten Fall, wenn der Kläger Erbrecht, der Beklagte Eigentum beansprucht, muß jener zur reivindicatio greifen.[99]) Um zu konstatieren, worauf der Beklagte seine Verteidigung stützen will, wird er bei Beginn des Prozesses gefragt, wie er besitze. Antwortet er: „als Erbe" oder verweigert er die Auskunft, oder schützt er einen Eigentumstitel vor, dessen Unwahrheit oder Nichtigkeit der Kläger sich darzutun getraut,[100]) so wird die her. pet. gegen ihn angestellt, entgegengesetztenfalls kommt es zur reivindicatio.[101])

Eine besonders interessante Gestalt nimmt das Verhältnis an, wenn Obligation und Erbrecht in Konflikt miteinander geraten. Dies ist der Fall, wenn einer der erbschaftlichen Schuldner der gegen ihn erhobenen persönlichen Klage die Behauptung des eigenen Erbrechts entgegenstellen will. Auch hier muß der Kläger, um ihm dies zu ermöglichen, zur hered. petitio greifen,[102]) und zwar wird der Sache die Wendung gegeben, daß der Beklagte, wenn auch kein Stück, so doch ein Recht (die Forderung) als Erbprätendent in Besitz genommen habe (juris possessor). Wie sehr die Form dieser Klage durch die Rücksicht auf die Verteidigung des Beklagten bestimmt ist, geht aus den Stellen der Note 102 hervor, denen zufolge der Prozeß in dem Fall, wenn der Beklagte, ohne sich selbst ein Erbrecht anzumaßen, bloß das des Klägers bestreitet, nicht in die Form der Erbschaftsklage gewiesen werden soll.

---

99) Hier hat der Kläger einen ungleich schwierigeren Beweis zu führen; zu dem seines Erbrechts gesellt sich nämlich noch der des Eigentums seines Erblassers hinzu.

100) Dies folgt aus L. 13 § 1 de her. pet. (5. 3): omnibus titulis hic pro possessore haeret etc. und den beigefügten Beispielen.

101) L. 16 § 17 ibid.

102) L. 13 § 15 L. 42 de her. pet. (5. 3), L. 10 i. f. si pars her. (5. 4). Ganz schlagend ist namentlich die zweite Stelle: si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed quod

Die bisher entwickelte Idee des Klagzwangs muß gefaßt darauf sein, auf Widerspruch zu stoßen, namentlich bei allen denen, welche glauben, der Legisaktionenprozeß habe sofort mit dem Aussprechen der Formel der Legis Actio begonnen. Es kann kaum etwas Verkehrteres geben, als eine solche Vorstellung!

In derselben Weise wie im Formularprozeß ging auch im Legisaktionenprozeß eine längere formlose Verhandlung, worin beide Parteien den Stand der Sache erzählten, der formellen Konstituierung und Fixierung der Streitsache in Gestalt der Legis Actio voraus. Für die reivindicatio ergibt sich dies aus dem Formular derselben, in welchem der Kläger rücksichtlich der Causa seines angeblichen Eigentums auf vorangegangene Äußerungen Bezug nimmt,[103] und der Prozeß der Virginia gewährt uns dafür ein interessantes Beispiel. Das erste, womit dieser Prozeß beginnt,

---

neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

103) Gaj. IV, 16 .. meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ebenso Val. Prob. de notis ant. § 4. Der Punkt ist bekanntlich außerordentlich bestritten; aus jüngster Zeit nenne ich Karlowa, Beiträge zur Gesch. des R. Zivilprozesses S. 12—16 („causa" sei auf die in der Vorverhandlung vorangegangene genauere Beschreibung des Gegenstandes zu beziehen) und Bülow a. a. O. S. 202 („sicut dixi" beziehe sich auf die unmittelbar vorher gesprochenen Worte). Das von mir im Text in Bezug genommene Argument, welches der Prozeß über die Virginia gewährt, ist bisher noch nicht widerlegt, ja nicht einmal berücksichtigt. Daß dem Aussprechen der Formel der legis act. Verhandlungen vorausgehen mußten, um den unerläßlichen Einfluß, den der Prätor auf die Wahl der richtigen Klage auszuüben hatte, zu ermöglichen, glaube ich im Text nachgewiesen zu haben. Daß diese Verhandlungen einen bestimmenden Einfluß auf den Prozeß ausübten, daß also ein Beklagter, der z. B. auf die interrogatio in jure eine bestimmte Antwort erteilt hatte, sich hinterher nicht damit ausreden konnte, „der Legisaktionenprozeß beginne erst mit dem Aussprechen der Formel, alles, was vorher gesprochen, sei für nichts zu achten, oder wenn es in Betracht kommen solle, müsse es in die Formel aufgenommen werden" — das, meine ich, sollte man doch nicht erst nötig haben zu sagen. Mußte etwa auch bei der Aufrufung der Zeugen der Litis contestatio alles, was dieselben bisher gehört hatten, in der Formel des Aufrufs wiederholt werden?

ist die Erzählung des Vindikanten, daß und warum die Virginia ihm gehöre,[104]) und erst nach längerer Verhandlung von beiden Seiten[105]) kommt es zur eigentlichen solennen Vindikation.[106]) Für die persönliche Klage ist uns zwar ein solcher positiver Anhaltspunkt nicht gegeben, allein es ist kein Grund abzusehen, warum die vorangehende formlose Verhandlung bei ihr leichter hätte entbehrt werden können als bei der Vindikation.[107])

Für den Formularprozeß ist die Sache außer Zweifel,[108]) und ich brauche wohl nicht erst auszuführen, daß und warum man von ihm auf die frühere Form des Prozesses schließen darf.

Eine größere Berechtigung gestehe ich einem andern Einwurf zu,[109]) nämlich, daß die Stellung, die der Prätor im ältern Prozeß einnahm (III. 650), zu jenem selbständigen Eingreifen, wie meine Ansicht es ihm zumutet, durchaus nicht passe. Allein, verdient dieses Eingreifen in Wirklichkeit den Namen eines selbständigen, ist dem Belieben und individuellen Ermessen des Prätors hier etwa ein größerer Spielraum geöffnet, als bei irgend einer andern Prozedur des Prozesses? Wenn der Beklagte der reivindicatio den Einwand des Nießbrauchs oder Erbrechts entgegensetzt, so ist

---

104) Liv. III. c. 44.

105) Liv. III. 46.

106) Ein anderer der Erteilung der Vindizien entnommener Grund wird unten vorkommen.

107) Bedurfte es ja nicht selten erst einer interrogatio in jure, um überhaupt zu bestimmen, ob und welche Klage anzustellen war; s. z. B. arg. L. 23 § 10 ad leg. Aq. (9. 2).

108) Wenn es dafür einer einzelnen Stelle bedürfte, so diene dazu: Cicero orat. part. c. 28: Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut sitne actio illi qui agit aut jamne sit aut num jam esse desierit aut illane lege, hisve verbis sit actio quaeritur.

109) Ein scheinbares Quellenzeugnis gegen meine Ansicht könnte man der Stelle von Cicero pro Caec. c. 3 § 8 entlehnen: praetor is, qui judicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit. Die Äußerung behält ihren guten Sinn, auch wenn man sich für die Beschränkung erklärt, der dieser Satz von Cicero dem obigen nach zu unterwerfen ist.

es für den Prätor ein ebensolches Muß, daß er statt des Vindikationsprozesses die Negatorienklage oder den Erbschaftsprozeß einleitet, als daß er im Vindikationsprozeß dem Scheinkampf Einhalt gebietet oder die Vindizien erteilt, und wenn ich der Sache den Ausdruck gegeben habe: der Kläger werde gezwungen,[110] sich einer andern Klagformel zu bedienen, so ist dieser Zwang wiederum kein anderer, als wenn der Kläger sich im Formularprozeß die exceptio gefallen lassen muß. Nur wer noch an dem obigen Irrtum hängt, als sei der Kläger sofort vor dem Prätor mit einer legis actio aufgetreten, die, einmal gesprochen, sich natürlich hinterher nicht mehr ändern ließ, wird meine Ansicht für unmöglich erklären müssen; allein ich meinerseits gebe jenen Vorwurf der Unmöglichkeit zurück und glaube, daß es sich gerade bei der gegenwärtigen Frage so recht schlagend zeigt, wie das ganze alte Prozeßsystem nur möglich war, wenn wir annehmen, daß die solenne Fixierung der Klage in Form der legis actio das Resultat vorausgegangener Verhandlungen war, bei denen sich herausgestellt hatte, was streitig und was zugegeben war, und in welcher Richtung sich mithin der Prozeß zu bewegen habe.

3. Die Doppelklage.

Diese Klagform bezeichnet in meinen Augen den höchsten Elevationspunkt des alten Prozesses oder richtiger den Punkt, wo er über sich selbst, über den Grundsatz der einen Frage und der bloßen Negation hinausgeht.

Das neuere Recht nennt uns zwei Klassen von Doppelklagen, die Teilungsklagen und die interd. retinendae possessionis,[111]

110) Mit Verwendung desselben Ausdrucks, dessen sich Gajus bei der Klage des Argentarius und Bonorum emptor bedient, Note 86.

111) L. 10 fin. reg. (10. 1). L. 2 § 1 Comm. div. (10. 3) — L. 37 § 1 de O. et A. (44. 7), L. 2 pr. de interd. (43. 1). Neuerdings ist die systematische Berechtigung dieses Begriffs von Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870, bestritten worden; vom Standpunkt des römischen Prozesses aus meines Erachtens mit Unrecht. Wenn er die Doppelklage durch Klage und Widerklage

und setzt das Eigentümliche darein, daß jeder von beiden Teilen die Rolle des Klägers und Beklagten in sich vereinige.[112]) Schärfer kann man diese Eigentümlichkeit so ausdrücken, daß zwei denselben Gegenstand, dasselbe Verhältnis betreffende Prozesse unter denselben Parteien und mit Kreuzung der Parteistellung zu einem Prozeß vereinigt sind, daher judicium duplex oder actio mixta. Jeder von beiden Teilen ist rücksichtlich dessen, was er begehrt, Kläger, rücksichtlich dessen, was von ihm begehrt wird, Beklagter.[113])

Im ältern Prozeß gehörte zur Klasse dieser Klagen auch die Vindikation, wenigstens wenn sonst das angegebene Kriterium, daß jeder der streitenden Teile mit einer positiven Behauptung, einem selbständigen Anspruch auftritt, richtig ist. Während nämlich den Regeln des gewöhnlichen Prozesses gemäß der Beklagte der Behauptung des Klägers: „daß die Sache sein sei", nur die: „daß sie nicht sein sei", hätte entgegenstellen dürfen, lautete bei der alten reivindicatio die Erwiderung positiv: „daß sie dem Beklagten gehöre".[114]) Allerdings lag auch in der letzten Behaup-

---

ersetzen will, so kann man auch die zweiseitigen Obligationen in zwei einseitige auflösen, aber was dabei verloren geht, ist die Einheit beider, die nicht so gleichgültig ist, wie der Verf. anzunehmen scheint.

112) L. 10 cit. I. 44 § 4 fam. erc. (10. 2) und Gaj. IV, 160. Wenn Gajus sich außerdem noch so ausdrückt: par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, so ist dies ganz geeignet, den einfachen, klaren Gesichtspunkt zu verwischen und der Ansicht Raum zu geben, als greife der Gegensatz der Parteirollen bei diesen Klagen gar nicht Platz (eine ähnliche Äußerung von ihm s. in L. 13 de jud. (5. 1), während der Gegensatz umgekehrt verdoppelt ist).

113) L. 15 § 1 de procur. (3. 3), L. 4 pr. de tut. (26. 1).

114) Gaj. IV, 16. S. auch IV, 148: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est. Plaut. Rud. IV. 3. 86 Hunc meum esse dico. Trach.: et ego item esse ajo meum. Daran hält Cic. auch pro Murena c. 12 bei seinem Abkürzungsvorschlag der hergebrachten Formel fest, denn er legt dem Beklagten nicht die nackte Negation: tuus non est, sondern den positiven Widerspruch: immo meus est in den Mund. Anders ad famil. VII, 32: „ut sacramento contendas, mea non esse". Die Worte müßten aus dem Munde eines Juristen kommen, um uns glauben zu

tung eine Negation des klägerischen Eigentums, allein eine Bestreitung in positiver Gestalt, eine Behauptung, die nicht schon wie bei den beiden bisher betrachteten Klagformen in der Klage selbst vorgesehen war. Während der Richter bei allen andern Prozessen (judicia simplicia) nur auf Existenz oder Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs erkennen konnte, ward er durch diese Form der Doppelklage instand gesetzt, in derselben Weise auch über den des Beklagten seinen Ausspruch zu tun. Daß damit die Möglichkeit, beide Fragen negativ zu beantworten, abgeschnitten gewesen sei, wäre von vornherein kaum zu glauben, denn unmöglich konnte man dem Richter zumuten, wenn er sich überzeugte, daß keiner von beiden Eigentümer war, das Gegenteil zu erklären;[114a]) es wird unten für einen speziellen Anwendungsfall der Vindikation die hier in Frage gestellte Möglichkeit der negativen Beantwortung beider Fragen für den Formularprozeß aus den Quellen nachgewiesen werden. Nun ist richtig, daß die von manchen und auch von mir angenommene Urteilsform des Sakramentsprozesses: sacramentum Titii justum oder injustum videri den direkten Ausspruch des Richters, daß keiner von beiden Teilen Eigentümer sei, ausschloß. Allein wenn man ihm sonst nicht verwehren wollte, seine Überzeugung zum Ausdruck zu bringen, so fand sich die Form dafür ganz leicht: der Richter brauchte nur

machen, daß der Übergang des judicium duplex bei der Vindikation in ein simplex nicht erst, was alle innere Wahrscheinlichkeit für sich hat, im Formularprozeß, sondern schon im Sakramentsprozeß erfolgt sei. — Die altrömische Gestalt des Vindikationsprozesses wiederholt sich übrigens auch in anderen Rechten, z. B. im altdeutschen, Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen, Königsberg 1869 S. 156, im dänischen (s. Note 129a), im englischen (s. Note 129d).

114a) Dies nimmt Eck a. a. O. S. 16 fl. an. Aber ist es nötig, daß „mindestens eine Partei zuletzt im redlichen Besitz gewesen sein mußte"? Angenommen, jeder von beiden Teilen beweist, daß der andere die Sache gestohlen hat, soll der Richter hier genötigt werden, positiv zu erkennen, daß der eine von beiden Eigentümer gewesen sei? Ob er dies mittelbar in der Form tut: sacramentum Titii justum videri, ist gleichgültig, der Sache nach hat er ihn damit als Eigentümer anerkannt.

das sacramentum einer jeden Partei für injustum zu erklären, was ja, da beide als Kläger aufgetreten waren, durchaus keinen Widerſpruch in ſich ſchloß; der Staat zog von beiden das sacramentum ein,[114b]) und wer den Beſitz hatte, behielt ihn.[115])

114b) Bei einem judic. simplex konnte allerdings ſtets nur das sacram. des einen Teiles verfallen, allein, da bei einem judic. duplex die Möglichkeit beſtand, daß beide Teile mit ihren Klagen abgewieſen wurden, ſo war der Staat in ſeinem Recht, in dieſem Fall von beiden das Sukkumbenzgeld einzuziehen. Varro de L. L. V. 180: qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium, redibat ſteht nicht im Wege, denn bei dem vorausgeſetzten Ausgang des Doppelprozeſſes war niemand da: qui judicio vicerat, für beide galt der Satz: victi ad aerarium redibat.

115) Die Einwendungen von Eck a. a. O. S. 12 fl. haben mich beſtimmt, meine in der erſten Aufl. ausgeſprochene Anſicht, der zufolge der Kontravindikant bei Mißlingen des beiderſeitigen Beweiſes mit ganz anderm Maße gemeſſen worden wäre, als der Vindikant, in der obigen Weiſe zu modifizieren. Die volle Konſequenz des Doppelprozeſſes verlangte gleiche Behandlung beider Parteien, ſowohl was die Beweislaſt als die Folgen des mißlungenen Beweiſes anbetrifft, und Eck hat recht, wenn er mir den Vorwurf macht, daß ich bei meiner frühern Darſtellung dem urſprünglichen Beſitzverhältnis der Parteien (das ja möglicherweiſe völlig unklar ſein konnte, und über welches auch die Vindizienerteilung unſerer beiderſeitigen Anſicht zufolge keine Entſcheidung enthielt) einen Einfluß eingeräumt habe, den dasſelbe im Formularprozeß, wo es durch die poſſeſſoriſchen Interdikte zur rechtlichen Feſtſtellung gelangen konnte, allerdings ausübte, der aber zum Sakramentsprozeß nicht paßte. Die Möglichkeit, daß der Beſitzer der Sache, um ſich der Angriffe des Gegners zu erwehren, die vindicatio anſtellte, dem Nichtbeſitzer alſo die Rolle des Kontravindikanten zufiel, iſt durch den alten Prozeß keineswegs ausgeſchloſſen (für das germaniſche Recht bezeugt ſie Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den ſächſiſchen Rechtsquellen S. 157). Die vindic. erſetzte hier die meiner Anſicht nach damals noch fehlenden poſſeſſoriſchen Interdikte, ſie vereinigte drei Rechtsmittel des ſpäteren Rechts in ſich: die reiv., Publiciana (ſ. u.) und die poſſeſſoriſchen Interdikte. Sowenig aber das urſprüngliche Beſitzverhältnis auf die nach der Natur des Doppelprozeſſes beiden Parteien gleichmäßig obliegende Beweislaſt influierte, ebenſowenig die erſt nach Anhängigmachung des Prozeſſes erfolgende Vindizienerteilung (ſ. u.), und die einzige Wirkung, die ich letzterer zuerkennen kann, beſteht darin, daß in dem oben vorausgeſetzten Fall,

Es war eine ganz richtige Erfassung des Verhältnisses, wenn man dem Beklagten, der hier wirklich als Kläger auftrat, bei der solennen Einleitung des Prozesses auch ganz dieselben Handlungen auferlegte, die der Kläger zu vollziehen hatte. Wie dieser, so hat auch er zu vindizieren (contravindicare),[116] so wird auch er nach der causa seines Eigentums gefragt, so ruft auch er ihn aufs Grundstück hinaus,[117] so werden beide gleichmäßig vom Prätor zur Ruhe verwiesen, so kann letzterer dem einen oder andern von ihnen die Vindizien geben — kurz dieselbe Duplizität, die in moderner Form im interdictum uti possidetis wiederkehrt, findet sich bereits im ältesten Vindikationsprozeß aufs vollständigste durchgeführt.

Was mag nun zu dieser eigentümlichen Gestaltung des Vindikationsprozesses Veranlassung gegeben haben? Daß es die Rücksicht auf die Verteidigung des Beklagten gewesen, wird von vornherein vermutet werden dürfen. Man verstatte mir, zum Zweck der Beantwortung dieser Frage zunächst von dem einfacheren Verhältnis der Vindikation von Sachen abzusehen und einen komplizierteren Anwendungsfall ins Auge zu fassen.

Im römischen Leben konnten die Fälle nicht selten sein, daß die verschiedenen hausherrlichen Gewalten miteinander in Konflikt gerieten, z. B. an demselben Individuum von der einen Seite väterliche oder herrschaftliche Gewalt, von der andern Manus oder Manizipium in Anspruch genommen ward. Da nun, wenn nicht alle, so doch die meisten dieser Gewaltverhältnisse durch eine Vindikation geltend gemacht werden konnten,[118] die Vindikation aber

---

der aber freilich selten genug vorkommen mochte, wenn nämlich beide Parteien sich als völlig unberechtigt erwiesen hatten, derjenige von beiden, der die Vindizien erhalten hatte, die Sache behielt.

116) Gaj. I. 134, II. 24. Bei Schilderung des Herganges selber IV, 16 wiederholt Gajus den Ausdruck nicht, aber die Tätigkeit beider Parteien wird als vindicare bezeichnet: cum uterque vindicasset.

117) Cicero pro Murena c. 12.

118) Für die Sklaverei bedarf es keiner Bemerkung; für das Manzipium folgt es aus der Formel seiner Begründung, da nach Grundsätzen des alten

ein judicium duplex war, so wird man zur Annahme berechtigt sein, daß nicht bloß dann, wenn beide Parteien sich ein und dasselbe, sondern auch wenn sie sich ein verschiedenes Gewaltverhältnis anmaßten, z. B. der Kläger, wie im Prozeß der Virginia, das vom Gegner als Tochter in Anspruch genommene Mädchen für seine Sklavin ausgab, die beiderseitigen Ansprüche in einem und demselben Prozeß zur Verhandlung gelangen konnten. Hätte man hier den Grundsatz: ein Prozeß, eine Frage festhalten wollen, so hätte es zweier Prozesse bedurft, um den Status dieser Person prozessualisch festzustellen, in dem ersten wäre bloß entschieden, daß sie nicht Sklavin des einen, in dem zweiten, daß sie Tochter des andern sei, und zur Ermöglichung dieses zweiten Prozesses hätte es einer ganz besondern Prozedur bedurft, entweder nämlich hätte der Vater einen Kläger aufstellen müssen, welcher die Tochter als die eigene in Anspruch nahm und ihm dadurch Gelegenheit gab, seinerseits in Form der contravindicatio dasselbe Verhältnis für sich in Anspruch zu nehmen, oder er hätte, indem er künstlich für einen Beklagten sorgte, der ihm die Tochter vorenthielt, als Kläger mit jener Behauptung auftreten müssen. Kurzum, jeder andere Weg, als der von uns angenommene, mußte sich als unbrauchbar erweisen.

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus, daß die positive Behauptung, die man einer solchen Klage entgegensetzen durfte, eine verschiedenartige sein konnte, so z. B. in dem obigen Fall der Virginia nicht bloß die, welche ihr Verlobter in Wirklichkeit aufstellte: Virginiam liberam esse, sodann auch die, die der Vater, wenn er anwesend gewesen, hätte entgegen-

---

Rechts (III. 628) die Formeln der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts sich decken mußten (vergleiche Gaj. I. 123 iisdem verbis mit I. 119), wenn man sonst an die Korrespondenz zwischen den Formeln der Begründung und gerichtlichen Verfolgung des Rechts (III. 628) glaubt; für die väterliche Gewalt s. Gaj. I. 134 vindicat filium suum esse, L. 1 § 2 de R. V. (6. 1). Für die Manus liegt kein positives Zeugnis vor.

ſetzen können: filiam suam esse ex jure Quiritium;[119]) in einem andern Fall hätte der Kläger vielleicht noch die Behauptung gewärtigen müſſen, daß das Mädchen Sklavin des Beklagten ſei oder ſich in ſeinem Manzipium befinde. Im bisherigen liegt zugleich die Erklärung dafür, warum die Behauptung der Freiheit nicht in die Form eines Präjudiziums gebracht werden konnte, ſondern die Form einer Vindikation (asserere in libertatem — vindex libertatis) annehmen mußte, denn nur in dieſer Form trug ſie der Vindikation eines angeblichen Sklaven gegenüber die Geſtalt einer contravindicatio an ſich. Der Widerſpruch in Form der bloßen Negation hätte nicht lauten können, daß dies Individuum frei ſei, ſondern nur, daß es nicht Sklave dieſes Klägers ſei.[120])

In ſtrenger Durchführung der Idee eines Doppelprozeſſes

119) Dieſe doppelte Möglichkeit nahm App. Claudius im Prozeß der Virginia zum Vorwand, um im erſten Termin (Liv. III. 45) die vindiciae secundum libertatem zu verweigern. Die Verteidiger des Mädchens, ſagt er, hätten ſelbſt zugeſtanden, daß es ſich hier um einen Konflikt zwiſchen herrſchaftlicher und väterlicher Gewalt handle (Liv. III. c. 45), auf den Fall aber beziehe ſich die Beſtimmung der XII Tafeln nicht, hier habe vielmehr (da der Vater nicht da ſei) der Herr Anſpruch auf die Vindizien. Eben darum ſuchte er das Erſcheinen des Vaters um jeden Preis zu verhindern, und erſt als dieſer wider Erwarten erſchien und damit ſeinen ganzen Plan vereitelte, ließ er ſich zu einem Akt offener Ungeſetzlichkeit verleiten. Neben dem für den Vater in Ausſicht genommenen Prozeß über die Frage: väterliche Gewalt oder Sklaverei war bereits ein anderer über die Frage: Sklaverei oder Freiheit in der Perſon des Icilius inſtruiert (Liv. III. 46 — ita vindicatur Virginia), aber auf dieſen Prozeß war Appius vorbereitet, auf ihn ſeine ganze Ausflucht berechnet. Anders erklärt Puntſchart (Note 102) die Sache.

120) So erklärt ſich auch das „praejudicium“ an aliquis libertus sit Gaj. IV. 44. Das Patronat begründete kein jus über die Perſon, mithin keine vindicatio; entgegengeſetztenfalls hätte es zur Beſtreitung desſelben der contravindicatio bedurft (wenigſtens wenn das Urteil zugunſten des Beklagten nicht negativ, ſondern poſitiv auf: ingenuum esse hätte lauten ſollen), dann wäre aber, da doch jemand nicht an ſich ſelbſt die Ingenuität vindizieren konnte, auch ein vindex ingenuitatis nötig geweſen. — Gegen dieſen und ſonſtige vermeintliche Vindikationsfälle ſ. Eck a. a. O. S. 26, 27, „nur hinſichtlich der Tutel liegt die Annahme nahe, daß zwei angebliche Vor-

konnte das Urteil ſeiner materiellen Wirkung nach[120a]) dreifach lauten: entweder nämlich dem Antrag des Klägers gemäß (servum esse) oder dem des Beklagten oder ſeines Vindex gemäß (liberum esse)[121]) oder endlich abweiſend für beide Teile, wenn nämlich keiner von ihnen ſeine Behauptung bewieſen hatte, alſo z. B. das Individuum, um das der Prozeß ſich drehte, ſich zwar nicht als Sklave des Klägers, aber doch als Sklave erwieſen hatte; hier lautete der Spruch auf servum Titii non videri.[121a])

---

münder gegeneinander mit der Vindikationsformel auftreten konnten: in hoc. L. Titio pupillo jus tutelae mihi esse ajo", womit zu vergleichen Theophil. IV. 10 und die Stellen über die in jure cessio der Frauentutel bei Gaj. I. 168 und Ulp. XI. 6 — 8.

120a) Über die Form ſ. oben S. 93.

121) Anders Rudorff R. R. G. II. 131, der auch hier wiederum gründlich in die Irre geht, indem er bei der petitio in servitutem den Gegenſatz der beiderſeitigen Behauptungen auf servum esse Titii und non esse ſtellt; aber der Vindex des Sklaven ſetzte der Behauptung des Gegners: servum suum esse nicht ein bloßes Leugnen, ſondern die poſitive Behauptung entgegen: liberum esse, ſ. Plautus Rudens III. 4. 7: Si tuas esse oportet, nive eas oportet esse liberas, I. 4. Cod. de lib. causa (7. 16): liber pronunciatus est, L. 27 ibid.

121a) Dies geht meines Erachtens klar hervor aus L. 27 § 1 de lib. causa (40. 12), welche die Möglichkeit eines dreifachen Urteils vorausſetzt: servum Titii videri, liberum videri, servum Titii non videri, letzteres für den Fall, daß der Kläger den Prozeß fallen läßt. Hier wird ausdrücklich bemerkt, daß der Kläger mit ſeinem Antrage abgewieſen werden kann (amittit suam causam), ohne daß der Beklagte mit dem ſeinigen durchdringt (nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere... non ingenuus pronunciatur, sed servus non videri). Daß die Stelle von dem ſpätern praejudicium de libertate ſpricht (Eck S. 26), iſt nicht richtig, der Kläger vindiziert den Sklaven als den ſeinigen (arg. „servum illius non videri"), und es treten ſich ganz wie im alten Vindikationsprozeß zwei poſitive Behauptungen gegenüber (servum meum esse — liberum esse), und jene Stelle lehrt, daß dem Richter nicht bloß die Alternative zuſtand, die eine oder andere zu bejahen, ſondern daß er ſich auch rein negativ ausdrücken konnte. Ein zweites Bedenken, das Eck noch hinzufügt, wird er ſelber wohl nicht ernſtlich gemeint haben, es dürfte wenigſtens weder ihm ſelber noch irgend einem andern Mühe machen, darauf die richtige Antwort zu erteilen.

Das bisher geschilderte Interesse der Möglichkeit einer selbständigen Intention, d. h. der Kontravindikation für den Beklagten bei Prozessen über seinen Status war auch für die Vindikation von Sachen und Erbschaften vorhanden. Auch rücksichtlich ihrer war es, wie auf der Hand liegt, für den Beklagten nicht gleichgültig, ob der Richter bloß erkennen durfte, daß der Vindikant nicht Eigentümer oder Erbe sei, oder aber positiv, daß der Beklagte es sei. Man denke z. B. an den Fall, daß zwei Erbprätendenten miteinander im Streit liegen, von denen der eine auf Grund eines Testaments, der andere wegen angeblicher Nichtigkeit des Testaments auf Grund seines Intestaterbrechts den Nachlaß in Anspruch nimmt, jeder aber sich in Besitz von Nachlaßgegenständen gesetzt hat. Soll hier etwa der eine, nachdem er im ersten Prozeß als Beklagter die Gültigkeit des Testaments nachgewiesen hat, als Kläger auftreten, um den gelieferten Nachweis noch einmal zu führen?[122])

So alt wie die Begriffe des Miteigentums und des Miterbrechts sind begreiflicherweise auch die Klagen, mit denen sie geltend gemacht werden, nämlich die Teilvindikation der Sache und der Erbschaft[123]) und die Teilungsklagen (act. communi dividundo und familiae erciscundae). Es wirft sich nun die Frage auf, ob in derselben Weise wie die vindicatio, so auch die contravindicatio auf einen Teil habe gerichtet werden können, nicht zwar auf einen körperlichen Teil[124]) — denn bei beweg-

122) Einen Fall der contravindicatio im justinianeischen Recht s. L. 8 § 13 de inoff. test. (5. 2) . . in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret. Wie hier die contravindicatio contradictio, so wird in L. 27 § 2 de lib. caus. (40. 12) der Kontravindikant Kontradiktor genannt — das vindicare hatte sich zu einem dicere abgeschwächt.

123) Daß das Edikt eine neuere Form dafür aufgestellt hat (L. 1 pr. si pars 5. 4), steht dem nicht im Wege.

124) Bei der her. pet. natürlich auch nicht auf einzelne Sachen aus dem Nachlaß das wäre ein Konflikt der her. pet. mit der reivind. gewesen. Daß übrigens die contravindic. auch bei ihr stattfand, ergibt sich daraus, daß

lichen Sachen hätte die Trennung des Teiles erst durch die act. ad exhibendum vorbereitet werden müssen, bei unbeweglichen Sachen ist der Teil ein besonderes Ganze für sich[125]) —, sondern auf einen intellektuellen Teil, auf eine Quote des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts. Ich finde kein Bedenken diese Frage zu bejahen, das Bedürfnis einer solchen partiellen contravindic. war ganz dasselbe, wie das einer totalen, ja womöglich noch höher, und da sie juristisch kein Einwand, sondern eine eigene Klage war, so war kein Grund vorhanden, sie anders zu behandeln, als jede andere. Das Interesse derselben liegt auf der Hand. Wenn zwei Personen das Miteigentum oder Miterbrecht, das jede von ihnen in Anspruch nimmt, sich gegenseitig bestreiten, so hätte es ohne contravindicatio für die Entscheidung dieses Streits im älteren Recht zweier Prozesse bedurft, denn in jedem hätte der Richter nur über den Antrag des Klägers erkennen dürfen; die contravindicatio machte es möglich, die Anträge beider Parteien zuzulassen. Die Duplizität der Teilungsklagen findet mithin in der der Eigentums- und Erbschaftsklage ihr Vorbild und Seitenstück, und in dieser Anwendung war sie wiederum völlig unentbehrlich.

Wenn der Kläger seine Klage aufs Ganze gerichtet hatte, so bot die Möglichkeit einer contravind. des Teils für den Beklagten ein ungleich geringeres Interesse, denn um die Abweisung der Klage — und zwar zum ganzen Betrage[126]) — zu bewirken, dazu reichte schon der Beweis eines ihm zustehenden Teilrechts aus. Dagegen bezweifle ich nicht, daß der Beklagte auch in diesem Fall mit der contravindic. seines Teils zugelassen wurde, da es doch immer einen Unterschied machte, ob bloß der Kläger ihm gegenüber abgewiesen, oder ob umgekehrt er selber ihm gegenüber

---

sie eine vindicatio war. Gaj. IV. 16, 17. S. auch L. 1 § 2 si pars (5. 4) . . petere debebunt.

125) L. 6 § 1 Comm. pr. (8. 4) . . non est pars fundi, sed fundus, L. 25 § 1 de V. S. (50. 16).

126) Die Folge der plus-petitio Gaj. IV. 53.

als Teilberechtigter anerkannt ward. Umgekehrt muß es auch freigestanden haben, der vindic. eines Teils die contravindic. des Ganzen gegenüberzustellen.

Daß die contravind. bei der act. confess. und negat. weder nötig noch möglich war,[127] wird sich aus dem bisherigen zur Genüge ergeben. Bei beiden Klagen reichte zur Verteidigung des Beklagten die Umkehrung der klägerischen Behauptung, also die bloße Negation, vollkommen aus. Nur in einem Fall verhielt es sich anders, nämlich wenn zwei Personen sich über einen Usus-fruktus stritten, sei es über den ganzen oder über einen Teil; ob die Römer hier die Austragung des Streits in einem Verfahren, wie es das natürlichste war, zugelassen, und ob sie die positive Behauptung des Beklagten hier contravindicatio oder wie sonst immerhin genannt haben mögen, darüber wage ich eine Ansicht nicht zu äußern.

Möglicherweise hatte die contravind. außer der im bisherigen nachgewiesenen Bedeutung noch eine andere. Bildete sie nämlich, wie man nach der Darstellung von Gajus annehmen muß, einen unerläßlichen Bestandteil des Verfahrens, war also der Beklagte stets genötigt zu kontravindizieren, so ergab sich daraus für ihn die Alternative, entweder sich selbst das Eigentum anzumaßen, beziehungsweise sich durch den angeblichen Eigentümer, auf dessen Namen er besaß, vertreten zu lassen, oder aber die Sache herauszugeben, und diese Annahme wird durch die Analogie der in jure cessio unterstützt.[128] Eine befriedigende Erklärung erhält dieser

127) Wenn Rudorff, R. R. G. II. S. 131 (und auch jetzt noch Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilpr. I. S. 140) bei ihnen von einer contravindic. spricht, so beruht das auf einem Verkennen des eigentümlichen Wesens derselben; offenbar meint er, daß der Widerspruch des Beklagten bei in rem actiones schlechthin contravindicatio genannt worden sei, während doch nur die positive Gegenbehauptung, nicht die bloße Negation auf diesen Namen Anspruch hatte. Die Behauptung: jus tibi non esse war ebensogut eine bloße Negation, wie die: me dare non oportere, und eben darum hieß sie ja negatoria, nicht contraconfessoria, wie sie sonst hätte heißen müssen.

128) Gaj. II. 24: praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vin-

Kontravindikationszwang jedoch erst durch das für beide Teile bestehende Requisit der Angabe der „causa“. Bei dem Gewicht, das jedes Wort einer römischen Klagformel hat, und bei dem unverkennbaren Wert, den die causa in den Augen beider Parteien haben mußte, indem sie sogar den Gegenstand einer eigenen Frage von seiten des Klägers an den Beklagten bildete, kann ich mich nicht entschließen, darin mit so manchen eine wertlose Ausschmückung der Formel zu erblicken, die überhaupt mit allem, was wir an der Sorgsamkeit und Genauigkeit, mit der die alten Formeln abgefaßt waren, im schreiendsten Widerspruch stehen würde. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß die causa hier wie überall beim Eigentum den Erwerbungsgrund desselben bedeutet. Dafür finde ich eine Unterstützung in dem Bericht von Livius über den Prozeß der Virginia (Note 119), in welchem der Kläger in der Tat die causa seines Eigentums vor der solennen Vindikation ganz speziell anführt, sowie in der noch für das neuere Recht bestehenden Möglichkeit einer vindicatio „expressa oder adjecta causa“.[129])

Warum die Angabe der causa, wenn sie einmal nötig war, nicht in der Formel selbst erfolgte, falls letzteres sonst richtig (Note 103), darüber will ich mich nicht in Vermutungen ergehen,*)

dicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.

129) L. 11 § 2, L. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2). Die L. 1 § 3 de R. V. (6. 1), wie immerhin sie auch zu verstehen sein mag, kann jenen klaren Stellen nichts von ihrer Beweiskraft entziehen.

*) Ich bin inzwischen zu einer bestimmten Ansicht gelangt, die ich bereits mit wenigen Worten in einer Abhandlung in meinen Jahrbüchern B. 23 S. 204 Anm. angedeutet habe und an anderer Stelle weiter auszuführen gedenke. Der Vindikation vor Gericht ging voraus ein solenner außergerichtlicher Akt der Selbsthilfe, bei dem der Vindikant seinen Eigentumsanspruch unter Angabe des Grundes in Gegenwart von Zeugen, die denselben bekundeten, verlautbarte. Darauf bezieht sich das: secum suam causam, sicut dixi. Erkannte der Besitzer auf Grund dieser Aussagen das Recht des Vindikanten an, so kam es zu keinem weiteren Verfahren, der Vindikant nahm die Sache mit oder das Grundstück in Besitz. Nur wenn jener Widerstand entgegensetzte, kam es zu einem Prozeß, und

dagegen mögen mir einige Worte vergönnt sein über die Gründe, die eine solche Gestaltung der Klage motivieren konnten.[129a])

Nichts hinderte den Beklagten, der sich selbst nicht für den Eigentümer hielt, sich dennoch für einen solchen auszugeben und einen erdichteten Erwerbungsgrund vorzuschützen. Allein zunächst war doch das Mittel der Lüge kein solches, zu dem ein jeder sich verstand; die Lage des Beklagten war also von vornherein schon eine ungünstigere als im späteren Prozeß, wo er einfach mit Nichtwissen oder Leugnen auskommen konnte. Sodann aber fiel sicherlich schon bei der Vindizienerteilung der verschiedene Charakter der beiderseitigen Aussagen schwer ins Gewicht. Der Lügner wird auch in Rom regelmäßig von einem Unbekannten, Durchreisenden usw. gekauft haben,[129b]) der ehrliche Mann gab seinen Autor mit Namen an und brachte ihn gleich mit, oder er erschien mit seinen Nachbarn, die den Sklaven, Ochsen usw. als den

---

dann verfügten sich beide Parteien samt ihren Zeugen sofort vor Gericht, in beiden Fällen derselbe Hergang, wie bei dem solennen Akt der außergerichtlichen Selbsthilfe im Obligationenrecht, der manus injectio. Den Gegenstand der richterlichen Untersuchung bildete in beiden Prozessen (und ebenso auch bei der legis actio per pignoris capionem) formell nicht das Dasein des behaupteten Rechts, sondern die Legalität des Aktes der Selbsthilfe beziehungsweise des ihr entgegengesetzten Widerstandes, das Sakrament ward von beiden Parteien darauf gestellt: quando tu injuria vindicaveris, d. h. nicht: wenn du hier vor Gericht injuria vindices, sondern: wenn du außergerichtlich injuria vindicaveris. Das ganze Verfahren drehte sich um die Berechtigung des außergerichtlichen Aktes. Wie der Gläubiger bei der manus injectio seinen Anspruch bei diesem Akt zu verlautbaren hatte, so auch der Vindikant; darauf nimmt das sicut dixi Bezug.

129a) Dieselbe wiederholt sich auch in andern Rechten, z. B. im dänischen. Klagt der Kläger mit Angabe einer bestimmten causa, so ist auch der Beklagte verpflichtet, die causa für sein angebliches Eigentum namhaft zu machen, Friedlieb, Abh. aus dem Schleswigschen Recht, Kiel 1864 S. 20 Note 2. Übrigens führt die Konsequenz der Doppelvindikation im Grunde von selbst dahin, denn wie kann der Beklagte sein Eigentum anders beweisen, als durch Angabe einer causa?

129b) Über den Wert solcher Angaben s. L. 5 Cod. de furt. (6. 2) ... rei exhibeas venditorem. Nam a transeunte et ignoto te emisse dicere non convenit volenti evitare alienam boni viri suspicionem.

ſeinigen ſofort rekognoszierten. Schreckte dann trotzdem der Beklagte vor dem Prozeß nicht zurück, ſo kam es zur ſolennen Einleitung desſelben, und der Prätor wußte, wem er die Vindizien zu erteilen hatte.[129c]) Ebenſo wog aber auch der römiſche judex,

---

129c) Die gangbare Anſicht, die auch Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilproz. I S. 144, 182 noch feſtgehalten hat, daß der Prätor ſtets dem Beſitzer die Vindizien erteilt, und daß der Beſitz zugleich die Beweislaſt beſtimmt habe, halte ich für einen Grundirrtum, von dem ſich bisher auf Grundlage der Darſtellung im Text nur Eck a. a. O. S. 11 frei gemacht hat. Er beruht auf der völlig unberechtigten Übertragung deſſen, was für das ſpätere judic. simplex galt, auf das völlig anders geſtaltete jud. duplex der alten Zeit. In jenem war einer Kläger, einer Beklagter, die Entſcheidung über die Parteirollen gab der Beſitz, der, wenn er zweifelhaft war, durch das int. retin. poss. feſtgeſtellt wird. In dieſem dagegen waren beide Kläger, beide traten mit einer ſelbſtändigen Behauptung auf, und die ſelbſtverſtändliche Folge davon war, daß ſie dieſelbe zu begründen hatten. Was ſollte die dem Kontravindikanten durch den alten Prozeß zur Pflicht gemachte Behauptung des eigenen Eigentums, wenn er ſich ſpäter einfach auf Leugnung des gegneriſchen hätte beſchränken können? Die Kontravindikation wäre ein völlig zweckloſer Akt geweſen, die bloße Negation hätte ausgereicht. Sie hatte aber ihren guten Sinn, ſie gab in Verbindung mit dem Erfordernis der causa dem Richter das Mittel an die Hand, der Wahrheit auf den Grund zu kommen (S. 105). Bei dieſer Geſtalt der Sache war der Beſitzſtand völlig gleichgültig, und eben darum konnte man auch, von einigen durch das Geſetz beſtimmten Fällen abgeſehen, die Erteilung der Vindizien ganz dem Ermeſſen des Prätors überlaſſen, wie letzteres durch Gaj. IV. 16 für jeden, der ihn ohne die Brille des Vorurteils lieſt, klar bezeugt wird: interim aliquem (alſo nicht ſchlechthin den bisherigen Beſitzer) possessorem constituebat eumque jubebat praedes adversario (nicht actori) dare litis et vindiciarum. Dieſe ihm verſtattete Freiheit ermöglichte es dem Prätor, dabei nicht bloß auf den Beſitz zu ſehen und folgeweiſe bei Zweifelhaftigkeit desſelben erſt eine Unterſuchung darüber anzuſtellen, ſondern nach Maßgabe des Prima-facie-Beweiſes, der Verdächtigkeit oder Glaubwürdigkeit der Parteien und der mit erſchienenen Autoren ſowie der Solvenz der offerierten praedes die Vindizien zu verteilen, kurz in derſelben freien, ſicherlich nicht zu mißbilligenden Weiſe zu verfahren, wie ſie uns die L. 3 § 4 de lib. exh. (43. 30) in ſo anſchaulicher Weiſe vorführt. Welche Gefahr hätte jene Befugnis des Prätors in ſich geſchloſſen, wenn die Vindizien den nunmehrigen Beſitzer vom Beweiſe befreit hätten, damit wäre ja in vielen Fällen das Schickſal des Gegners ſchon völlig beſiegelt geweſen. Nur in dem einen, gewiß höchſt ſeltenen Fall, wenn der Prozeß für beide

der bekanntlich an eine strenge Beweistheorie nicht gebunden war, sicherlich das Maß der Glaubwürdigkeit beider causae gegeneinander ab, die beiderseitigen Autoren wurden vorgeführt und befragt, wie sie zur Sache gekommen waren — ein Verfahren, bei dem man regelmäßig dem wahren Sachverhalt, d. h. demjenigen, der die Sache gestohlen hatte, auf die Spur kam. War es dem Kläger gelungen, den Beklagten in seinem eigenen Lügengewebe zu verstricken, so mochte schon, um in der Sprache des heutigen Prozesses zu reden, ein halber Beweis seiner eigenen causa die Wirkung eines ganzen ausüben, und der Nachweis, daß er gekauft, während der Beklagte oder seine Autoren sich über die Sache nicht ausweisen konnten, dem Richter über das Bedenken hinweghelfen, ob denn auch der Autor des Klägers und dessen Autoren wirkliches Eigentum gehabt hätten.[129d]) Mit andern Worten also: die reivind. wird schon im älteren Prozeß nicht selten die Wirkung der Publiciana act. gehabt haben. Um sie zu haben, um das relative Verhältnis beider Parteien zur Sache zu konstatieren, mußten aber beide ihre causae angeben. Als die Publiciana actio eingeführt ward, und der Gedanke der Relativität im Eigentumsrecht damit eine mehr gesicherte und geregelte

---

Teile abweisend endete (Note 115), verschafften die Vindizien dem, der sie erhalten hatte, den Vorteil, daß er die Sache behielt.

129d) So z. B. Sueton Galba c. 7. Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, womit zu vergleichen Gell. XIV. 2, 26. Auch im englischen Prozeß lautete nach Gneist, Selfgovernment S. 80 die den Geschworenen vorgelegte Frage nicht darauf, ob Kläger Eigentum habe, sondern utrum A vel B majus jus habeat in terra illa. Aus der im Text entwickelten Gestalt der Sache ergibt sich die wichtige Rolle, welche in allen Rechten, in denen sie sich wiederholt, den beiderseitigen Autoren zufällt. Beispielsweise nenne ich das altrussische Recht, s. die krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XII S. 73: „Man fragte den unrechtmäßigen Besitzer, wo er die Sache her habe, d. h. wer sein Bürge sei. Diese alte reiv. des russischen Rechts heißt ... Reinigung; sie führte immer auf den Dieb hinaus." Derselbe Gedanke bei Plaut. Curc. IV. 2, 12. Nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli, d. h. die Sache ist gestohlen.

Form der Verwirklichung erhielt, als das subjektive Gefühl des Richters sie ihm gewährte, fiel der eine Grund hinweg, der die Angabe der causa nötig machte, mit dem Abkommen der Vindizien der zweite, und so mag es seine Erklärung finden, daß der neuere Prozeß jenen Gedanken des älteren Rechts völlig aufgab.[130]) Die Notwendigkeit der contravindicatio würde fortan keinen Sinn mehr gehabt haben; ohne causa war sie wertlos.[130a])

Wie man aber auch über diesen Versuch, ihre Notwendigkeit innerlich zu erklären, denken möge, für unsern gegenwärtigen Zweck reicht vollkommen ihre Möglichkeit aus, und nach dieser Seite hin dürfen wir nicht anstehen, sie als ein unentbehrliches Komplement des altrömischen Prozesses, als eine Einrichtung zu bezeichnen, welche gerade dadurch, daß sie sich von dem Grundsatz der einen Frage lossagte, beweist, wie auch hier wiederum die alten Juristen die Interessen des Lebens höher achteten, als eine auf Kosten derselben erkaufte ungesunde Konsequenz. Aber die Art, wie sie es taten, wie sie auch hier trotz der gebotenen Abweichung von jenem Grundsatz die Einheit des Prozesses zu retten verstanden und dem Richter es ermöglichten, mit einem Spruch den Prozeß zu entscheiden, ist wiederum ein sprechendes Zeugnis der Geschicklichkeit, mit der sie die Prozeßformen zu handhaben verstanden.

Fassen wir das Gesamtresultat unserer ganzen bisherigen Untersuchung über die Möglichkeit eines Konflikts der Rechte beider Parteien in demselben Prozeß in wenig Worte zusammen, so

---

130) Der Besitzer ist nicht mehr gezwungen, seinen Titel anzugeben L. 12 Cod. Theod. de fide test. (11. 39) (womit jedoch zu vergleichen L. 1 ibid.) oder den Teil, zu dem er besitzt L. 73 pr. de reiv. (6. 1).

130a) Daß aber der Beklagte auch im heutigen Prozeß, wenn er will, anstatt sich auf einfaches Leugnen zu beschränken, die Behauptung seines eigenen Eigentums entgegensetzen (kontravindizieren), und durch einen darauf gerichteten Antrag den Richter zum Ausspruch darüber veranlassen kann, ist freilich unbestreitbar, und ältere Schriftsteller (z. B. Berger, Oecon. iur. II, §. 34 nota 11) unterließen nicht dies hervorzuheben, während dies heutzutage gewöhnlich unterbleibt.

glaube ich als solches den oben (S. 63) versprochenen Nachweis bezeichnen zu dürfen, daß das Negationssystem auch in dieser Richtung den Vergleich mit dem Exzeptionssystem nicht zu scheuen hat. Was demselben an Elastizität und Weite abging, ersetzten die alten Juristen durch Geschicklichkeit. Die Proben, die wir dafür beigebracht haben — und wie wenige mögen es sein im Vergleich zu denen, die uns vorenthalten sind —, werden das Urteil rechtfertigen, daß die alten Juristen den Prozeß vollkommen beherrschten, d. h. daß die Prozeßformen für sie kein Hindernis bildeten, Zwecke, die sie einmal prozessualisch erreichen wollten, auch wirklich zu erreichen, und daß mithin der Grund, warum so manche Befreiungsgründe des Beklagten die Form der exceptio an sich tragen, d. i. erst der späteren Zeit ihre Einführung verdanken, nicht darin gefunden werden darf, daß die ältere Zeit sie nicht hätte zulassen können, sondern darin, daß sie dieselben nicht zulassen wollte. Wenn der Prätor für sie eine ganz neue Form, die der exceptio wählte, so geschah es nicht, weil die alte nicht mehr ausgereicht, und die neuere einen höheren Grad der Brauchbarkeit besessen hätte, sondern weil er sich für den Zweck der Verteidigung ebensowenig ihrer bedienen durfte, wie für den Zweck der Klage der zivilrechtlichen Form derselben; die Befreiung „ipso jure“ und die actio in jus concepta waren, wie ihr Name angibt, spezifisch zivilrechtliche Begriffe.

Nur in einer Beziehung scheint die neuere Form die ältere überholt zu haben. Die Wirkung der Negation ist stets eine absolute, d. h. sie negiert das Dasein des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts schlechthin, gleichgültig welcher Art dies Recht ist, ob relativer oder absoluter. Die exc. aber kann die Wirksamkeit des Rechts nicht bloß absolut, sondern auch relativ, d. h. bloß dem Beklagten gegenüber bestreiten, und zwar selbst bei der Obligation, wovon die Einreden des Korrealschuldners aus einem absolut (in rem) oder relativ (in personam) gefaßten formlosen Nachlaßvertrag ein Beispiel gewähren. Die exceptio schließt mithin die Möglichkeit in sich, daß in einem und demselben

Prozeß der absolute und relative Gesichtspunkt sich kreuzen, daß z. B. der Käufer, der aus irgendwelchen Gründen durch die Tradition nicht Eigentümer der Sache geworden ist, der an sich gegen ihn zuständigen Vindikation des Verkäufers gegenüber zwar das Eigentum zugibt, aber der Konsequenz desselben rücksichtlich seiner durch Berufung auf den Kaufkontrakt ausweicht. In Form der Negation wäre dies nicht möglich gewesen, denn das Eigentum läßt sich nicht relativ negieren, der Käufer konnte mithin im alten Prozeß, wenn der Verkäufer selber sich anschickte, ihm die Sache zu evinzieren, der Klage nicht durch Berufung auf die Obligation ausweichen, denn letztere läßt das Eigentum unangetastet, sondern er mußte die Sache herausgeben, konnte dann aber den Verkäufer mit der act. autoritatis auf das Doppelte belangen

Allein, daß auch hier wiederum das ältere Recht nicht wegen der Unbeholfenheit der prozessualischen Form eine Verteidigung ausschloß, die es im übrigen für zulässig gehalten hätte, geht daraus hervor, daß es bei der Berufung des Beklagten auf einen ihm zustehenden Nießbrauch, die ja in der Tat ebenfalls nur ein relatives Hindernis geltend macht, welches lediglich in der Person dieses Beklagten besteht, die dafür erforderliche Form sehr wohl zu finden wußte. Der Grund, warum es in andern Fällen dies nicht tat, kann also nur darin gefunden werden, daß es jene Kreuzung absoluter und relativer Elemente in einem Prozeß im allgemeinen für bedenklich hielt; wir werden später (§ 55) Gelegenheit erhalten, dies des näheren nachzuweisen.

Schließlich möge noch das Gesamtergebnis unserer Detailuntersuchungen tabellarisch veranschaulicht werden (S. 109).

2. Verteidigung in Form der Klage.

Stellen wir zunächst den Begriff derselben fest.

Von einer Verteidigung in Form der Klage kann nur da geredet werden, wo der ganze Zweck der Klage gleich dem der restitutio in integrum aufgeht in der Beseitigung des gegnerischen

Konflikt von Rechtsansprüchen beider Parteien.

Angebliches Recht des Klägers.	Angebliches Recht des Beklagten.	Klage.	Mittel der Verteidigung.
Besitz	Eigentum	interdict. de precario	Negation d. Klaggrundes . S. 67.
Eigentum	Eigentum, Miteigentum	reivindicatio	contravindicatio . . . S. 92, 99.
	Servitut	Reivind. mit deductio actio negatoria	Formelzwang . . . . . S. 84.
	Forderung (Quarta Falcidia; Pekuliarforderung)	Partis vindicatio	Strafe der plus-petitio . . S. 84.
	Erbrecht	Hereditatis petitio	Formelzwang . . . . . S. 87.
Erbrecht	Erbrecht, Miterbrecht	Hered. pet.	contravindic. . . . . S. 99.
	Eigentum	Reivind.	contrav. Formelzwang . . S. 87.
Forderung	Gegenforderung: Dos	act. rei ux. } auf Überschuß	Strafe der plus-petitio . . S. 69.
	Gegenforderung: Quarta Falcidia	act. ex test. } auf Überschuß	. . . . . S. 73.
	Gegenforderung: Argentarius	agere cum compensatione	Formelzwang . . . . . S. 80.
	Gegenforderung: Bon. emtor	agere cum deductione	
	Gegenforderung: Dominus	act. de peculio	Stellung d. Kondemnat. auf d. Betrag d. pecul. . . . S. 74.
Väterliche Gewalt	Väterliche Gewalt		
	Herrschaftliche Gewalt		
	Manzipium		
Herrschaftliche Gewalt	Herrschaftliche Gewalt	Vindicatio	contravindicatio . . . . S. 95.
	Väterliche Gewalt		
	Manzipium		
	Freiheit		

Anspruchs, die zweite Klage, sozusagen, bloß die Form ist, in der das Recht den Erfolg der ersten ganz oder zum Teil, absolut oder relativ zurücknimmt. Zu diesen Klagen zählen z. B. die Kondiktionen wegen mangelnden Grundes, die act. quod met. causa und andere. Dagegen gehören hierher gar nicht alle Klagen aus zweiseitigen Geschäften, durch welche jeder Teil den ihm zustehenden Anspruch verfolgt, wie z. B. der Käufer den auf die Sache, der Verkäufer den auf den Kaufpreis, denn jeder dieser Ansprüche ist seiner selbst wegen da, nicht um den gegnerischen zu vernichten, beide können daher gleichzeitig erhoben werden, und der Umstand, daß sie der Klage des Gegners gegenüber auch in Form der Einrede (durch Retention) geltend gemacht werden können, enthält für sie nichts Charakteristisches. Der Gegensatz beider Fälle läßt sich auch so ausdrücken: Dort haben wir eine Klage mit defensivem, hier eine Einrede mit offensivem Zweck, jene soll eine Einrede nachholen, diese eine Klage antizipieren.

Von jenen Klagen mit ausschließlich defensivem Zweck kennt das römische Recht zwei Klassen: die eine eine Schöpfung des älteren und nicht in das neuere übergegangen, die andere, wenn vielleicht auch in einzelnen Anwendungsfällen bereits dem früheren bekannt, doch erst im neueren völlig entwickelt. Eben aus diesem Grunde hat letztere für uns hier nur einen untergeordneten Wert, und nur im Interesse der schärferen Abgrenzung beider Klassen wollen wir später auf sie einen Blick werfen, während die erstere den eigentlichen Gegenstand unserer Aufgabe bildet.

Als man im Lauf der Jahrhunderte in Rom sich genötigt sah, die Autonomie der Privaten, wie sie in den XII Tafeln anerkannt war und bis dahin unangetastet bestanden hatte, in manchen Fällen zu beschränken, z. B. dem Testator ein Maß vorzuschreiben, über das hinaus er keine Legate anordnen dürfe, oder gewisse Kontrakte zu untersagen, schlug man dabei in echt römischer Weise nicht den Weg ein, der uns heutzutage, ich will nicht sagen: als der natürliche, sondern als der einzig denkbare erscheint, nämlich den des gesetzlichen Verbots bei Strafe der Nichtigkeit (lex

perfecta), sondern man bediente sich eines Umwegs, indem man das Geschäft in seiner abstrakten juristischen Gültigkeit unangetastet ließ, aber denjenigen, der dasselbe zu verwirklichen versuchte, bestrafte (lex minus quam perfecta).[131] Diesen Weg verfolgte man mit einer solchen Konsequenz, daß der Prätor ohne Anstand aus dem Geschäft eine Klage gewährte, den Richter mithin anwies, den Beklagten zu verurteilen. Allein der Sieg kam dem Kläger teuer zu stehen, denn was er erhalten, mußte er dem Beklagten vierfach zurückgeben! Die Klage, die hier dem Beklagten gegeben ward, ist diejenige, welche wir im folgenden zu untersuchen haben.

Die regelmäßige Form derselben scheint die der legis actio durch manus injectio gewesen zu sein.[132] Daß sie auf die Strafe des Vierfachen ging, wird für die lex Furia testamentaria und die lex Marcia de usuris ausdrücklich bezeugt,[133] und prägt sich, wie unten gezeigt werden wird, auch in dem „quadruplator" aus. Als Handlung, worauf die Strafe gesetzt war, wird bald das „exigere", bald das „capere" bezeichnet;[134] dürfte man

131) Ulp. fr. Prooem. § 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat, aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis est Furia testamentaria, quae plus quam mille asses legati nomine mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit. Ein bereits früher erwähntes Beispiel (lex Licinia) s. II 152, ein später folgendes § 55 Note 306, 307. Außerdem kommen noch in den Justinianischen Quellen manche andere vor, z. B. L. 3 de litig. (44. 6), L. 11 pr. de divort. (24. 2).

132) Als solche wird sie wenigstens bei Plautus Persa I. 2, 18: ubi quadruplator (s. u.) quoipiam injexit manum vorausgesetzt. Gaj. IV. 22, 33 erwähnt drei Fälle, den der lex Furia testamentaria, der lex Furia de sponsu und der lex Marcia.

133) Ersteres durch Ulp. fragm. Prooem. § 2, letzteres durch Cato de re rust. Prooem . . . foeneratorem quadrupli. Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110) in Verbindung mit Gaj. IV. 23 adversus foeneratores. Pseudo-Asconius fügt noch den Fall des Spielverlustes (alea) hinzu.

134) Gaj. II. 225 capere . . IV. 22 . . exegisset 23 . . exegissent . . cepisset. Ulp. a. a. O. capere.

auch den ersten Ausdruck zur Not ausschließlich auf das gerichtliche Beitreiben beziehen, so läßt doch der letztere Ausdruck dies nicht zu und beweist, daß im Sinne des Gesetzes auch die bloße Annahme des Geschuldeten als Gesetzübertretung gelten sollte — eine Bestimmung, der wir unten versuchen werden den Schein des Unwahrscheinlichen und Widersinnigen zu nehmen.

Die Bestimmung der Klage liegt auf der Hand. Sie soll indirekt dasselbe bewirken, was die exceptio direkt bewirkt: dem Gläubiger die Ausübung seines Rechts unmöglich, die Klage zu einem Noli me tangere machen, und man wird zugestehen müssen, daß das Mittel zu dem Zwecke gut gewählt war — nur ein Tor hätte das Einfache begehren können, wo er das Vierfache zurückzahlen mußte —, und es begreift sich vollkommen, daß man bei ungenauer Redeweise sich so ausdrücken konnte, als habe das Gesetz, wodurch der Anspruch begründet ward, das Geschäft selbst verboten, während das Verbot in Wirklichkeit sich nur auf die Realisierung desselben bezog.

Der fortgeschrittenen und in konservativer Beziehung minder empfindlich gewordenen Anschauungsweise der späteren Zeit widerstrebte die Absonderlichkeit der Form;[135] an die Stelle des indirekten Zwanges trat wie in so manchen Fällen der direkte durch Exzeption.

Ihrer juristischen Natur nach wird unsere Klage zu den Strafklagen zu stellen sein, und zwar möchte ich ihr zur Unterscheidung von andern den Zusatz einer prozessualischen geben. Ihr Zweck ist nämlich ein rein prozessualischer, ein reiner Exzeptionszweck: Verhinderung der Ausübung eines Klagrechts. Das Delikt, das sie strafen soll, läßt sich nach Analogie der Nicht-

135) Dieselbe wiederholt sich übrigens in der Geschichte gar nicht selten, so z. B. auch im römischen Staatsrecht (Sulla legte in dieser Weise das Interzessionsrecht der Tribunen lahm) und im kanonischen Recht. Wer eidlich Zinsen versprochen, wird vom geistlichen Gericht gezwungen, sie zu entrichten, aber hinterher wird der Empfänger gezwungen, sie zurückzugeben. c. 6 X. de jurej. (2. 24) — eine lex minus quam perfecta des kanonischen Rechts.

achtung einer exceptio[137]) als prozessualischer dolus bezeichnen, denn dolus, fraus ist es, eine Klage anzustellen, die das Gesetz mißbilligt.[138])

In gewissen Verhältnissen nahm die Klage eine ganz eigentümliche Gestalt an. Die Erwägung nämlich, daß der Schuldner möglicherweise aus Scheu vor der Rache des Gläubigers Anstand nehmen mochte, sich ihrer zu bedienen, veranlaßte den Gesetzgeber, ihre abschreckende Wirkung für den Gläubiger dadurch zu erhöhen, daß er sie für den Fall, wenn der zunächst Berechtigte keinen Gebrauch von ihr machen wollte, jedem, der Lust hatte, verhieß, m. a. W. daß er sie zu einer Popularklage erhob.[139]) Jetzt erst war der Zweck des Gesetzes vollständig erreicht. Was half es dem Gläubiger, wenn auch die Abhängigkeit, in die er den Schuldner zu versetzen gewußt hatte, ihn gegen seine Klage sicher stellte? Jeder andere konnte ihm das Los bereiten, welches das Gesetz

137) L. 2 § 5 de dol. exc. (44. 4.) dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit, L. 8 pr. ib.: dolo facit, qui petit quod redditurus est.

138) Eine indirekte Andeutung in der lex Falcidia (in unverkennbarem Hinblick auf die lex Furia): eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2). Rudorff benutzt zur Erklärung der Strafe des Vierfachen den Gesichtspunkt des Diebstahls, so nämlich für die lex Marcia (s. u.) Röm. R. G. I. S. 46 Note 7 und für die lex Furia testamentaria S. 56 („als einen offenbaren Diebstahl an der Familie"—?—)! Als ob furtum manifestum offenbarer Diebstahl gewesen wäre! Es war der, bei dem der Bestohlene den Dieb abfaßte. Darum fiel der Raub nicht unter den Gesichtspunkt des furtum manifestum, sondern des nec manifestum, was sich daraus ergibt, daß die vom Prätor eingeführte poena tripli eine Steigerung des früheren Strafsatzes enthalten sollte, während sie sonst eine Minderung desselben enthalten hätte.

139) Das prätorische Edikt nahm diesen uralten Gedanken (die Art, wie Gajus L. 3 de litig. [44. 6] sich ausdrückt, läßt schließen, daß schon die XII Tafeln sich des Mittels bedient hatten) für einige Fälle auf, so z. B. für die act. sepulcri violati, welche zunächst dem Beteiligten und nach ihm jedem der Lust hat, versprochen wird L. 3 pr. § 12 de sep. viol. (47. 12), ebenso L. 5 § 5 de his qui effud. (9. 3), und selbst Justinian kommt auf denselben bei dem Spielverbot zurück, L. 1 Cod. de aleat. (3. 34).

ihm zugedacht hatte; es war eine Prämie darauf geſetzt, ihn zur Verantwortung zu ziehen. Damit war alſo der Schuldner gewiſſermaßen unter öffentlichen Schutz geſtellt — in der Tat ein ebenſo ingeniöſes, als wirkſames Mittel, den Druck, den der Gläubiger auf ihn ausübte, zu paralyſieren. Daß das Motiv, welches regelmäßig zur Anſtellung einer ſolchen Klage beſtimmte, nicht auf jenen Zweck gerichtet war,[140] daß der Kläger ſehr häufig, weit entfernt bei Anſtellung der Klage das Intereſſe des Schuldners zu verfolgen, ſich lediglich durch die Ausſicht auf den von der öffentlichen Moral für nichts weniger als ehrenhaft bezeichneten eigenen Erwerb leiten ließ, tat der Wirkſamkeit des Mittels nicht den mindeſten Abbruch. Gerade im Gegenteil der Umſtand, daß das Geſetz das Motiv ſo niedrig gegriffen, daß es nicht, wie in ſo manchen andern ähnlichen Fällen, z. B. der postulatio suspecti tutoris an ein ſittliches Motiv, an das Gefühl der Teilnahme für einen Hilfloſen, ſondern an die ſchnödeſte Art der Erwerbſucht appelliert hatte, gerade dieſer Umſtand ſicherte der Einrichtung den gewünſchten Erfolg, denn es rief in ihrem Dienſte die ganze Betriebſamkeit, Rührigkeit, Rückſichtsloſigkeit wach, über die der Eigennutz gebietet, wenn er das Gefühl der Scham verloren hat. Wer ſich einmal zu dem verachteten Gewerbe eines Quadruplator[141] herabgelaſſen hatte, mußte, um Stoff zu

140) Plautus erkennt denſelben in der Note 132 zitierten Stelle ausdrücklich an: nam publicae rei causa quicunque id facit magis, quam sui quaesti ... eum civem et fidelem esse et bonum.

141) Der Quadruplator bemächtigt ſich eines fremden Prozeſſes (Liv. III. 72 .. interceptor litis alienae): er hat ſeinen Namen von der poena quadrupli, die das Geſetz für manche Fälle verhängt hat (Festus sub Quadruplatores .. ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio); es ſind dies alſo Fälle, wo zunächſt der Beteiligte eine Klage hatte, z. B. auf Rückgabe gezahlter ungeſetzlicher Zinſen. (Pseudo-Ascon [Orelli 110] .. pecuniae gravioribus usuris feneratae, auf Rückgabe deutet auch Seneca de benef. VII. 25: beneficiorum suorum quadruplatores). Von der Quarta pars bei crimina publica (Tac. Ann. IV. 20, Pseudo-Ascon. a. a. O.) kann der Name quadruplatores nicht herſtammen; daß er aber auch hier in Übung war, iſt bekannt. Ebenſo wird

haben, durch Ausspähen und Nachspüren sich ihn selber suchen, mußte, um mit Erfolg Denunziant zu sein, Spion sein, und in der Tat ward das Gewerbe mit einer Energie betrieben, daß die Gesetzgebung sich genötigt sah, gegen das Übel, das sie selbst mit jener Einrichtung ins Leben gerufen hatte, in anderer Weise Abhilfe zu gewähren und durch Androhung schwerer Strafen[142]) dafür Sorge zu tragen, daß die Gier der Quadruplatoren sich nicht unterschiedslos gegen Schuldige und Unschuldige kehrte.

Das im bisherigen entworfene Bild unserer Strafklage beruht auf einer Zusammensetzung einzelner Züge, welche die Quellen uns bei Gelegenheit der verschiedenen Fälle aufbewahrt haben, bei dem einen diesen, bei dem andern jenen; die Mitteilung dieser einzelnen Fälle wird uns Gelegenheit geben, die obige Darstellung quellenmäßig zu begründen.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. Die lex Furia testamentaria.[143]) Das Einzige, was für diesen Fall noch Hervorhebung verdient, ist die Frage: was konnte den Gesetzgeber, wenn er einmal für die Legate oder sonstige mortis causa capiones ein Maß von 1000 As festsetzen wollte, veranlassen, nicht bloß die gerichtliche Beitreibung, sondern sogar die Annahme, das „capere“[144]) des Hinterlassenen zu untersagen? Genügte es nicht vollkommen, ihm die Klage zu entziehen? Die Frage muß verneint werden. Mit der Klage würde das Gesetz bloß den rechtlichen Zwang zur Auszahlung der Legate beseitigt haben, nicht den moralischen und sozialen, den die Achtung vor dem Willen des Testators und die Rücksichten auf die Legatare und das Urteil der Welt dem Erben auferlegte.

er in den Fällen gebraucht worden sein, wo die act. popularis nicht auf ein quadruplum, sondern auf eine bestimmte Summe gerichtet war, so z. B. L. 3 § 12, cf. L. 3 pr. de sep. viol. (47. 12).

142) Rudorff, R. R. G. II. S. 457 flg.

143) Die Stellen sind bereits im bisherigen mitgeteilt.

144) Daß dies der Ausdruck des Gesetzes war, dafür sprechen nicht bloß die direkten Zeugnisse von Gajus und Ulpian, sondern auch das indirekte der lex Falcidia (Note 138).

Wollte es diese Einflüsse paralysieren, so blieb nichts übrig, als dem Honorierten die Annahme des Legats bei Strafe zu untersagen.[145]) Ein Seitenstück aus unsern Tagen wird dies erläutern. Neuere Gesetzgebungen haben mit Recht den Satz des kanonischen Rechts, daß der promissorische Eid den Rechtsgeschäften, denen er hinzugefügt werde, eine rechtliche Erzwingbarkeit verleihe, aufgehoben. Allein damit ist die gefährliche Tauglichkeit dieses Mittels für Geschäfte, die das Gesetz verhindern will, z. B. das Nehmen wucherischer Zinsen, nur um ein Geringes abgeschwächt, denn der gewissenhafte Mensch erfüllt auch den rechtlich unverbindlichen Eid. Wie dem begegnen? Die Antwort erteilen diejenigen neueren Gesetzgebungen, welche dem Gläubiger bei Strafe verbieten, sich einen Eid schwören zu lassen.

Ob die lex Furia die Klage aufs Vierfache auch als Popularklage gegeben habe, muß dahingestellt bleiben, es läßt sich aber nicht verkennen, daß sie erst dadurch ihren Zweck vollständig erreicht haben würde.

2. Die lex Furia de sponsu (Gaj. IV. 22) gebietet dem Gläubiger, der mehrere Bürgen[146]) angenommen hat, die Klage

145) Besonders nötig war dies für eine Form der letztwilligen Zuwendung, das sog. conditionis implendae causa datum („wenn A dem B 10000 As gibt, soll er mein Erbe sein"). Hier hatte der Honorierte weder eine Klage, noch bedurfte er derselben, denn der dem Erben auferlegte indirekte Zwang genügte vollkommen. Wollte er hier nicht dem Gesetz verfallen, so mußte er das Anerbieten der Zahlung der ganzen Summe (zu dem der Erbe, um die Bedingung zu erfüllen, genötigt war) zurückweisen und sich mit 1000 As begnügen; die Bedingung galt dann trotzdem als erfüllt, II. Note 235.

146) In Form der sponsio oder fidepromissio Gaj. III. 121. Für fidejussores galt weder diese, noch die bei Gajus erwähnte zweite Bestimmung der lex Furia. Wenn man nicht annehmen will, daß das Gesetz selbst eine Hintertür offen gelassen, um seinen ganzen Zweck zu vereiteln, so wird man zu der Vermutung genötigt, daß diese jüngste Form der Verbürgung damals noch nicht existierte, und daß vielleicht gerade die lex Furia sie ins Leben gerufen hat. Auf demselben Wege, auf dem man im Verkehr den unbequemen Rechtssätzen über Legate durch die fidei-commissa entging, mochte man es denen der lex Furia gegenüber durch die fide-jussio zu tun versuchen, nämlich

zwischen ihnen zu teilen, und gibt im Übertretungsfall dem Bürgen, der mehr als seinen Teil hat zahlen müssen, eine manus injectio auf Rückforderung des Überschusses; ob aufs Vierfache, hat Gajus, dem wir allein die Kunde dieses Gesetzes verdanken, nicht bemerkt, woraus aber ein Schluß auf das Gegenteil um so weniger berechtigt ist, als Gajus auch bei dem vorhergehenden Gesetz, bei dem doch die Strafe des Vierfachen anderweit bezeugt ist, dieselbe nicht erwähnt.

Daß beide Gesetze verschiedene gewesen seien, wie man gewöhnlich annimmt,[147]) ist nirgends gesagt, und die Bezeichnung als lex Furia „de sponsu" und „testamentaria" gewährt dafür keinen Beweis, da die römischen Juristen bekanntlich sehr oft verschiedene Kapitel eines und desselben Gesetzes als verschiedene leges bezeichnen.[148]) Nichts steht im Wege, das letztere Verhältnis auch hier anzunehmen, und dies vorausgesetzt, würde das ganze Gesetz in ein unerwartetes Licht treten. Der Zweck desselben würde dann in der quantitativen Herabsetzung gewisser Ansprüche bestanden haben: desjenigen aus einem Vermächtnis auf 1000 As, desjenigen aus einer Gesamtbürgschaft auf den Virilteil[149]) — beides in der damaligen Form statt durch exceptio durch Widerklage.[150]) Vielleicht schlossen sich dem noch einige andere uns nicht überlieferte Fälle an.

auf dem einer rein auf das Gewissen, die Ehrbarkeit (die fides) gestellten Erwartung. So wie jene Form später klagbar ward, so auch diese, und so wie auf jene die Bestimmungen der Legate ausgedehnt wurden, so auf diese durch die epistola Divi Hadriani das benefic. divisionis; ob auch die andere Bestimmung der lex Furia (jedenfalls erst nach Gajus), hängt davon ab, ob L. 25 de stip. serv. (45. 3) . . ex quo tempus cedat interpoliert ist.

147) So z. B. Rudorff, R. R. G. I. S. 51, 57, welcher ohne ausreichenden Grund das eine Gesetz dem fünften, das andere dem sechsten Jahrhundert zuweist.

148) Und zwar bekanntlich auch bei Gesetzen aus älterer Zeit, z. B. der lex Licinia Sextia.

149) So würde es sich vielleicht auch erklären, wie man dazu kam, in beiden Fällen den Zusatz pro judicato zu machen, ungeachtet das Gesetz nur bei Gelegenheit des einen dazu Anlaß gab, Gaj. IV. 23.

150) Im neuern Recht tritt an die Stelle dieser Form: beim Legat das

3. Das Gesetz über verbotene Glücksspiele, über welches wir nichts weiter wissen, als daß es die Strafe des Vierfachen festsetzte.[151])

4. Die lex Marcia de usuris reddendis. Wenn Gajus[152]) bei der Erwähnung dieses Gesetzes von Zinsen schlechthin, nicht von ungesetzlichen Zinsen spricht, so läßt sich dies aufrecht erhalten durch Bezugnahme auf die lex Genucia, welche bekanntlich das Zinsennehmen gänzlich verboten hatte. In welcher Weise sie es getan haben mag, läßt sich nach unsern bisherigen Ausführungen erraten: sie tat es in der Form ihrer Zeit: in der einer lex minus quam perfecta, indem sie auf die Übertretung die Strafe des Vierfachen setzte. Ob sie aber das Nehmen oder bloß das Einklagen der Zinsen verbot, darüber wird sich wohl nichts Sicheres ermitteln lassen, und nicht minder wird das Verhältnis der lex Marcia zur lex Genucia nur Gegenstand von Mutmaßungen sein können. Möglich, daß jenes Gesetz bloß die Form der Rückforderungsklage betraf und an Stelle der bisherigen, durch die lex Genucia gewährten Klage die manus injectio setzte; möglich, daß es auch materiell eine Änderung traf und dem Verbot des Einklagens das des Nehmens substituierte. Kurzum, es ist außer Zweifel, daß die älteste Form der Repression des Zinswuchers in der Klage aufs Vierfache bestand, und daß letztere auch als Popularklage gegeben ward.

Eine interessante Bestätigung des Gesagten hat uns Appian[153]) in seiner Erzählung der Ermordung des Prätor Asellio aufbewahrt. Zur Zeit der Bürgerkriege sahen sich manche Schuldner

---

ipso jure minui der lex Falcidia (Note 66), bei der fidejussio die exceptio divisionis (Note 146).

151) Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110), bei Plautus Miles glor. II, 2, 9 als lex talaria erwähnt. Justinian (Note 139) hat bloß die act. popularis aufs Einfache beibehalten. In diesem und dem folgenden Fall findet sich die Popularklage auch im englischen Recht, Bruns, Zeitschr. für R. G. III. S. 114.

152) Gaj. IV. 23; die übrigen Stellen s. Note 133.

153) App. de bello civili I. c. 54.

außerstande, die Zinsen zu zahlen, und einige von ihnen flüchteten sich hinter das Verbot der lex Genucia, welches, obschon gewohnheitsrechtlich längst außer Anwendung gekommen, doch gesetzlich nie aufgehoben war, und drohten ihren Gläubigern mit der Strafe des Gesetzes. Dadurch nicht abgeschreckt, erhoben letztere Klage, und der Prätor, nachdem er vergeblich einen Güteversuch gemacht hatte, bestellte ihnen Richter „wechselsweis" (κατ' ἀλλήλων), d. h. er neutralisierte die den Gläubigern zugestandene Klage auf die Zinsen nach Art der geistlichen Gerichtshöfe des Mittelalters (Note 135) durch die den Schuldnern eingeräumte, im Gesetz verheißene manus injectio (pura) aufs Vierfache.[153a]) Es ergibt sich also daraus, daß die letztere Klage nicht an die Voraussetzung einer erfolgreichen Einklagung der Forderung, d. h. der infolge der Verurteilung geleisteten Zahlung, sondern an die Erhebung der Klage geknüpft war, daß also das bloße Klagen im Sinne des Gesetzes als „exigere" galt. Beide Prozesse liefen demnach parallel, sie wurden gleichzeitig instruiert, und, angenommen, daß für beide derselbe Richter bestellt worden war, auch gleichzeitig entschieden[154]) — ein Umstand, der die von mir behauptete Exzeptionsbestimmung unserer Strafklage in ein helles Licht setzt.

5. Die lex Plaetoria über den Schutz der Minderjährigen. Den materiellen Inhalt des Gesetzes genau zu bestimmen ist hier nicht unsere Aufgabe,[155]) uns interessiert nur

---

153a) Vielleicht dürfte der Grund der Erbitterung der Gläubiger darin gelegen haben, daß der Prätor beide Gesetze in der Weise kombinierte, daß er, während die lex Genucia bloß einfach das Zinsennehmen ohne weitere Strafandrohung verboten hatte, die in der lex Marcia auf den Wucher im Sinn dieses Gesetzes gesetzte Strafe des Vierfachen auf jenes Gesetz hinüberzog — ein Verfahren, das allerdings ein völlig ungerechtfertigtes war.

154) So denkt offenbar auch Plautus Persa I. 2, 18 sich die Sache bei dem Gesetzvorschlag, den er den Saturio machen läßt: Ubi quadruplator quoipiam injexit manum, tantidem ille illi rursus injiciat manum, ut aequa parti (pacti?) prodeant ad trisviros (ed. Ritschl).

155) Ich lasse es also dahingestellt, ob das Gesetz einzelne Geschäfte (das

die Form, in der es seinen Zweck zu erreichen suchte. Dieselbe ist bei ihm weniger erkennbar, als bei den vorhergehenden Gesetzen (wovon der Grund in der jüngern Form, durch die später der Prätor den Zweck des Gesetzes auf direktem Wege zu realisieren suchte: der restit. in integrum gelegen sein mag), allein durch Kombination verschiedener einzelner Spuren kann man sie dennoch, wie ich glaube, bis zu einem gewissen Grade der Wahrscheinlichkeit rekonstruieren.

Wer Minderjährige bei Abschluß von Kontrakten übervorteilt hat, den trifft außer der an die Verurteilung sich reihenden Infamie ein Vermögensnachteil, welcher mit der Klage aus dem Gesetz (judicium legis Plaetoriae) verfolgt wird, und der schwerlich bloß in der Restitution des einfachen Betrages bestanden haben wird.[156]) Die Klage wird zunächst dem Minderjährigen selbst gewährt, und zwar noch ein Jahr lang nach erreichter Volljährigkeit,[157]) sodann aber auch jedem, der Lust hat;[158]) ob erst dann, wenn sie für den Minderjährigen verjährt ist, oder, wie in den Fällen der Note 139, schon vorher, wenn der Minderjährige sich ihrer nicht bedienen will, muß dahin gestellt bleiben. Wenn

„credere" bei Pseudol. I. 3. 70, das „stipulari" bei Priscian. Gr. Inst. VIII. 49, XVIII. 21) oder schlechthin die Übervorteilung der Minderjährigen beim Kontrahieren verboten hatte.

156) Plautus (vorige Note): credere metuunt omnes.

157) Das „tempus legitimum" der L. 19 de minor. (4. 4.); der Ausdruck weist, wie die aetas „legitima", auf die Bestimmung einer lex hin.

158) Ich schließe dies aus Cic. de nat. deor. III. 30 judicium publicum rei privatae lege Plaetoria. Daß unter diesem Ausdruck kein Kriminalverfahren zu verstehen ist, darüber sollte der lex Julia munic. (tab. Heracl.) gegenüber, welche in c. 8 dieses judicium an das über die Injurien und den Dolus anreiht und erst später die Kondemnation in einem judicium publicum erwähnt, ein Zweifel nicht möglich sein, und es ist Savigny, Zeitschr. für gesch. R. W. B. 10. S. 243 leichter gefallen, ihn zu erheben, als zu begründen. Daß aber der Ausdruck actio publica auch für eine act. popularis vorkommt, zeigen L. 30 § 3 de jurej. (12. 2), cf. L. 1 de popul. act. (47. 23) und die Stellen der folgenden Note. — Die Vermutung im Text ist seinerzeit gleichzeitig mit mir auch von Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 94 ausgesprochen worden.

irgendwo, so war gerade bei diesem Verhältnis die Schärfung der Klage durch Erhebung derselben zu einer Popularklage ganz am Platz, die Schutzklage der Minderjährigen gegen betrügerische Kontrahenten ward damit nur derselben Auszeichnung teilhaftig, deren die zum Schutz der Unmündigen gegen ungetreue Vormünder eingeführte postulatio suspecti tutoris von jeher genoß[159]) — beide Klassen von Personen waren unter öffentlichen Schutz gestellt.

Auf diese Klage beschränkte sich meiner Ansicht nach der Schutz des plätorischen Rechts, und er reichte auch hier, wie in allen oben angeführten Fällen, vollkommen aus, eine rein defensive Hilfe (durch Nichtigkeit oder Einrede) überflüssig zu machen. Erst als mit dem Formularprozeß die Exzeptionen aufkamen, und die Anschauung sich Bahn brach, daß man dem, der eine Klage habe, um so mehr eine Exzeption geben müsse (Note 39), mochte man davon auch bei der lex Plaetoria Anwendung machen und dem Minderjährigen eine Einrede gewähren. Nach Ansicht mancher Juristen[160]) reicht aber diese Einrede bereits in die Zeit des Legisaktionenprozesses zurück: der Minderjährige hätte also durch Berufung auf das Gesetz die Klage vereiteln können. Als Form für diesen Einwand hat man sich, da das Zeugnis von Gajus (IV. 108) die eigentliche exceptio für das ältere Verfahren ausschließt, die einer „prozeßhindernden Sponsion" gedacht. Es wäre, meint man, über die Frage, ob eine Übertretung des Gesetzes vorliege, eine Präjudizialsponsion (II. 86) abgeschlossen, sodann

159) L. 1 § 6 de susp. tut. (26. 10), § 3 I. de susp. tut. (1. 26) . . quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere.

160) Die Idee ist zuerst von Savigny, Zeitschr. für gesch. R. W. B. 10 S. 248 ausgesprochen und hat sodann nur zu bereitwillige Aufnahme gefunden, s. z. B. auch bei Keller, Röm. Zivilpr. § 36, Rudorff, R. R. G. II. S. 94, und Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilpr. I. S. 125. Als Verteidiger derselben gegen den zuerst von mir gegen sie erhobenen Widerspruch, dem sich jetzt Demelius, Münch. Krit. Vierteljahrsch. VIII. S. 500 angeschlossen hat, ist inzwischen aufgetreten C. Sell de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit. Bonnae 1867 p. 34 seq.

darüber ein Richter bestellt und im Fall der Bejahung der Frage die Klage gegen den Minderjährigen versagt worden. Wenn ich diese Ansicht einer genauern Prüfung unterziehe, so geschieht es weniger dieses einzelnen Falles wegen, als weil man die Behauptung aufgestellt hat, daß der ältere Prozeß sich überhaupt dieses Mittels bedient habe, um das Exzeptionsbedürfnis zu befriedigen.

Meiner Ansicht nach ist diese ganze Idee völlig unhaltbar.[160a]) Als einziger Anhaltspunkt muß ihr eine Stelle von Plautus dienen, in der ein Minderjähriger in Hinblick auf die lex Plaetoria die Erfüllung eines von ihm abgelegten Versprechens verweigert und sich erbietet, das Dasein der Voraussetzungen jenes Gesetzes (dolose Übervorteilung eines Minderjährigen) vor einem Richter zu beweisen.[161]) Damit soll nun ein Präjudizialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae gemeint sein. Aber warum nicht die actio legis Plaetoriae? Letztere ist uns historisch bezeugt, von jenem Präjudizialverfahren wissen wir nichts. Man wende nicht ein: der Schuldner hatte noch nicht gezahlt, denn in dem obigen Fall des Prätor Asellio war dies ebenfalls nicht geschehen, und so gut wie im letzten Fall, konnte auch in unserem der Prätor gleichzeitig beiden Teilen einen Richter bestellen, ja nach der Art, wie einige Stellen (Note 155) sich ausdrücken, sollte man glauben, daß die Klage sofort nach Abschluß des betrügerischen Geschäfts,

160a) Ich glaube dieses Urteil jetzt besser begründen zu können, als in der ersten Auflage, wo ich auszuführen versuchte, daß die Worte der folgenden Note aus dem Grunde nicht als Inhalt einer sponsio genommen werden könnten, weil eine sponsio nicht wie hier (ni-ni) zweigliedrig hätte gefaßt werden können, und weil es statt ni der Partikel si bedurft hätte. Ersteres ist zwar richtig, allein offenbar ist hier der der lex Plaetoria entnommene Einwand nur zweigliedrig ausgedrückt, nicht aber zweigliedrig oder alternativ gedacht, wie Sell richtig einwendet, und das Bedenken in bezug auf ni ziehe ich ebenfalls auf seine Ausführungen hin zurück. Damit bin ich aber in der Anerkennung seines Verdienstes auch am Ende, denn im übrigen dürfte die Frage durch seine Arbeit nicht im mindesten gefördert worden sein.

161) Plautus Rudens V. 3, 24, 25: cedo quicum habeam judicem „ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos".

also ganz unabhängig von dessen Realisierung, möglich gewesen sei. So aufgefaßt, würden also die Worte bei Plautus bedeuten: bestehst du auf deiner Forderung, so stelle ich die act. legis Plaetoriae an. Aber mit der Klagerhebung vor Gericht sowohl von der einen als der andern Seite hatte es im obigen Fall gute Weile! Denn nicht bloß, daß der Gläubiger hier aus dem Grunde keine Klage erheben konnte, weil er Sklave war, und sein Herr sich noch gar nicht zu erkennen gegeben hatte, so war auch der Anspruch selber gar nicht geeignet, Gegenstand einer Klage zu werden. Denn es handelte sich hier gar nicht um ein zivilrechtlich bindendes Versprechen, sondern um die eidliche, also rechtlich unverbindliche Zusicherung eines Finderlohnes.[162]) Und um diesen Nichtanspruch abzuwehren, soll der Prätor einen judex ernennen, der präjudiziell über die except. legis Plaetoriae erkennt! Und zwischen welchen Parteien? Nicht zwischen dem Minderjährigen und seinem Gegner oder dessen Herrn, sondern zwischen ihm und „dem ersten besten" (cedo quicum, d. i. siste mihi aliquem, quocum habeam judicem).[163]) Wer kann nach alledem noch daran zweifeln, daß wir es hier nicht mit der proponierten Einleitung eines Prozesses,

---

162) Es ist unbegreiflich, wie Sell dies zu leugnen wagt. Hätte ihn der Ausdruck: dolo instipulatus sis, irre führen können, so mußte ihn der Vorgang selber, der ja bei Plautus (V. 2, 46 fl.) vor unsern Augen spielt, eines Bessern belehren. Hier wird nur ein Eid geschworen, von Stipulation ist keine Rede, und der Promittent tröstet sich gerade damit, daß ein Eid keine Obligation erzeuge. Auch in den Verhandlungen zwischen beiden Parteien (in Szene 5) ist von Anfang bis zu Ende nur vom Eide die Rede, und eben auf die unverbindliche Kraft desselben stützt hier der Promittent seine Weigerung (v. 17, 21), und der Herr befiehlt schließlich dem Sklaven (v. 58) „gratiam jurisjurandi facere". Darauf hatte ich schon in der ersten Auflage aufmerksam gemacht; welche Ausgabe von Plautus hatte Sell, wenn er dies nicht hätte finden können?

163) Daß dies in Form einer sponsio praejudicialis geschehen solle, ist, wie Demelius a. a. O. mit Recht bemerkt, gar nicht gesagt, vielmehr wird hier das Thema, ganz so wie bei Plaut. Rud. III. 4, 7 und Gaj. III. 123 (folgende Note) direkt, bezeichnet; wo sonst eine sponsio in Aussicht genommen wird, „provozieren" sich die Parteien zu derselben.

sondern mit einem jener Vorschläge zu tun haben, wie sie im römischen Leben so häufig waren, nämlich dem der Einholung schiedsrichterlicher Entscheidung (daher mit „dem ersten besten") über irgend einen Punkt, von dem nach Ansicht der Parteien der Anspruch selber abhing.

Doch es sei: es handelt sich hier um ein Präjudizialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae. Von wem ist dasselbe eingeführt: von der lex selber oder vom Prätor? Die erstere Annahme hat an sich nichts Widerstrebendes, denn aus Gajus (III. 123) wissen wir, daß man in einem andern Fall in der Tat diesen Weg eingeschlagen hatte.[163a]) Aber hätte die lex Plaetoria sich dieser Form bedient, so hätte die Wirkung des Präjudiziums hier ganz dieselbe sein müssen, wie in jenem Fall, nämlich die einer Befreiung ipso jure. Unter dieser Voraussetzung aber konnte selbstverständlich der Einwand aus dem plätorischen Gesetz in späterer Zeit nicht, wie es doch geschehen ist,[163b]) statt der zivilen die prätorische Form einer exceptio annehmen. So bleibt als Urheber unserer präjudiziellen except. nur der Prätor übrig und als Zeit ihrer Einführung die Zeit des Plautus, das will sagen: dieselbe Zeit, in der das Gesetz selber erlassen worden ist.[163c]) Nun wird man zugestehen, daß das Gesetz, wenn es diesen Weg, dem Minderjährigen zu helfen, für den angemessenen erachtet hätte, es ebenso leicht gehabt hätte, ihn zu wählen als den einer Strafklage aufs Vierfache; ganz dasselbe, was das Gesetz in Anmerkung 163[a] für die Bürgschaft, konnte die lex Plaetoria für

163a) Permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit, et si judicatum fuerit, praedictum non esse, liberantur.

163b) L. 7 § 1 de exc. (44. 1) exceptio ... pro minore viginti-quinque annis circumscripto.

163c) Die Verteidiger jener Ansicht selber sind darüber einig, daß das Gesetz „von Plautus im Pseudolus I, 3, 69 als ein neues Gesetz behandelt wird" Rudorff, R. R. G. I. S. 97. Puchta, Kursus der Institut. § 299, Note f.

den Minderjährigen tun. Und nachdem nun das Gesetz mit gutem Bedacht sich für den einen Weg entschieden hatte, hätte kurz darauf ein Prätor auf die Idee kommen sollen, das Gesetz in einem so wesentlichen Punkt umzugestalten? Und wozu das? Reichte die Klage aufs Vierfache nicht aus? Im Gegenteil, sie war wirksamer, als die exceptio, jene Neuerung des Prätors hätte also keine Verbesserung, sondern eine Abschwächung des Gesetzes bewirkt. Und das zu derselben Zeit, wo das Gesetz eben ins Leben getreten war, und wo der Legisaktionenprozeß in voller Blüte stand? Nahm der Prätor an der Strafklage Anstoß? Noch ein Jahrhundert später gab der Prätor Asellio in dem entsprechenden Fall der lex Marcia die alte Klage aufs Vierfache; warum gab nicht auch er lieber die präjudizielle exceptio? Und die folgenden Prätoren hätten diesen wunderlichen Einfall billigen, und die Neuerung hätte sich in so kurzer Zeit einbürgern sollen, daß unser Schuldner bei Plautus die Präjudizialeinrede aus dem plätorischen Gesetz als etwas ganz Bekanntes in Bezug nehmen konnte? Dies ist historisch völlig undenkbar! Jene ganze Idee ist nichts als ein handgreiflicher Anachronismus, sie verlegt ins sechste Jahrhundert, was ins achte oder in ein noch späteres gehört.

Mit den bisher erörterten Fällen ist meines Wissens das Material, das die Quellen uns für unsre prozessualische Strafklage darbieten, erschöpft,[164]) und ich will den Eindruck desselben durch leere Vermutungen über andere mögliche Fälle und Fragen, für deren Beantwortung es an positiven Anhaltspunkten fehlt, nicht

164) Nicht hierher gehören 1) die bei Plaut. Truc. IV. 2, 47—49 erwähnte act. popularis mit manus injectio aufs Vierfache gegen eine Buhlerin, „quae adversum legem nach Festus: muneralis, von Plautus an einer andern Stelle „lex lenonia" genannt) (accepit) a plurimis pecuniam", 2) die nach Dio Cassius 54, 18 durch August eingeführte Klage aufs Vierfache gegen Redner, welche mit Übertretung der lex Cincia Geschenke angenommen hatten, 3) die im Edikt (L. 1 pr. de calumn. 3. 6) gewährte act. aufs Vierfache wegen calumnia. Denn alle diese Klagen hatten nicht den Zweck, indirekt die Ausübung eines an sich zuständigen Forderungsrechts zu verhindern, sondern ein turpiter acceptum zu bestrafen.

abſchwächen. So möge denn auch die Frage nur angereiht, nicht beantwortet werden, ob nicht die eventuelle Strafe des Vierfachen bei der prätoriſchen actio quod metus causa mit der Idee des älteren Rechts zuſammenhängt, daß der Strafe des Vierfachen verfällt, wer einen an ſich beſtehenden, aber von der fortgeſchrittenen Rechtsanſicht gemißbilligten Anſpruch geltend zu machen ſucht, weil er ſich damit zu letzterer in Widerſpruch ſetzt (Note 138).

Die zweite der oben (S. 110) genannten beiden Klaſſen von Defenſionsklagen ſoll, wie bereits bemerkt, hier nur ſo weit erörtert werden, um ſie von der ſoeben betrachteten zu unterſcheiden.

Ihre Ähnlichkeit liegt in dem angegebenen Moment des Defenſionszweckes, ihre Verſchiedenheit darin, einmal, daß dieſer Zweck nicht ihre ausſchließliche Beſtimmung bildet, ihr Gebiet und ihre Funktion ſich vielmehr ungleich weiter erſtreckt und ſodann daß ſie auch in jener Richtung die exceptio nicht in der Weiſe erſetzt und überflüſſig macht, wie dies die Strafklage tat. Dem Kläger, der ſich der Rückſicht auf ſie entſchlägt, droht keine Strafe, die einzige Folge, die ihn trifft, iſt die Verpflichtung zur Zurückgabe — eine Folge, derentwegen er nicht vor Anſtellung der Klage zurückzuſchrecken braucht, um ſo weniger, da es immer noch fraglich bleibt, ob der verurteilte Beklagte ſich der Klage wirklich bedienen wird.

In allen den Fällen, in denen ſie ſtattfindet, gibt das neuere Recht dem Beklagten eine exceptio (Note 39), die Klage iſt daher in dieſer Richtung, d. h. als Surrogat für die exceptio überflüſſig geworden. Ein Gleiches aber läßt ſich für das ältere Recht, inſoweit es dieſe Klage kannte, nicht behaupten, und wenn man ſonſt nicht von der Vorausſetzung ausgeht, die ich nicht teilen kann, daß alle jene Klagen (z. B. auch die Kondiktionen) erſt der ſpäteren Zeit des Formularprozeſſes angehören, ſo gelangt man zu dem Schluß, daß der ältere Prozeß, ſolange er noch an dem Grundſatz: ein Prozeß, eine Frage feſthielt und die Exzeptionen ausſchloß, denſelben Zweck, für den das neuere den Weg der Klage und der Einrede öffnet, lediglich in Form der Klage

verfolgt hat. Dieser Weg entspricht ganz dem, was wir im übrigen vom älteren Recht wissen, und zwar nicht etwa bloß insofern, als er im Vergleich zu dem kürzeren Wege der exceptio ein Umweg, letzterer aber historisch überall der frühere ist,[165]) sondern auch insofern, als er in vielen Fällen durch die Idee der strengen prozessualischen Gerechtigkeit, durch die das ältere Recht sich in so hohem Maße leiten ließ (S. 51 fl.), geboten war. Die Tendenz des späteren Rechts, den einen Weg mehr und mehr durch den andern zu ersetzen, gereicht, wie ich schon früher bemerkte, demselben keineswegs zur Ehre, und Justinian oder seine Gehilfen haben ihre vermeintliche Überlegenheit über die ältere Jurisprudenz in sehr zweifelhafter Weise dokumentiert, wenn sie, befangen von dem Eindruck der Weitläufigkeit, den dieser Mechanismus auf sie ausübte, dem ältern Recht den Vorwurf machen:[166]) dasselbe habe in widersinniger und höchst unzweckmäßiger Weise durch die eine Klage genommen, was es mit der andern gegeben — jeder Jurist aus der alten Zeit würde dem Tadler die Augen haben öffnen können!

Überschauen wir jetzt den gesamten Inhalt dieses Paragraphen, so wird der Ausspruch des Gajus, den wir an die Spitze desselben gesetzt haben: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum“, nicht bloß in dem Sinn seine

---

165) Nicht selten stellt man sich das Verhältnis beider Rechtsmittel zueinander gerade entgegengesetzt vor, indem man, mit falschem Schluß von der Stelle in Note 39, in der act. das stärkere, in der except. das schwächere Rechtsmittel erblickt, allein ich gebe mich der Hoffnung hin, daß meine bisherigen Ausführungen über den Mechanismus des altrömischen Prozesses den Nachweis geliefert haben, daß von seinem Standpunkt die Anfechtung in Form der Klage der Einrede vorausgegangen sein muß. Derselben Ansicht ist auch Bähr, Anerkennung S. 94 Note 6 und in den Jahrbüchern für Dogmat. II. S. 376, 378.

166) L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) cum .... secundum antiquam receptitiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum, cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

Erklärung gefunden haben, daß das alte Recht keine eigentlichen Exzeptionen gekannt, sondern auch in dem, daß es an Stelle derselben etwas anderes besessen, mit dem es ganz dasselbe ausgerichtet hat, wie das neuere mit den Exzeptionen.

Wir haben das Ziel, das wir uns früher gesteckt, und das uns von § 50 an beschäftigt hat, den analytischen Mechanismus des alten Prozesses zur Anschauung zu bringen, erreicht, und es wird jetzt an der Zeit sein, uns über den Wert und Unwert der ganzen Einrichtung zu verständigen.

Der erste Eindruck, den dieselbe meines Erachtens in jedem Unbefangenen hervorrufen muß, ist der der Bewunderung über die außerordentliche Gewandtheit und Kunst, von der sie Zeugnis ablegt. In meinen Augen ist sie ein Kunstwerk, dem ich nichts, was die Geschichte des Prozesses zu irgend einer andern Zeit bietet, an die Seite zu setzen wüßte, und demgegenüber namentlich der heutige Prozeß sehr in den Schatten tritt — ein Kunstwerk, bei dem die höchste Einfachheit des Grundgedankens sich paart mit der bewundernswürdigsten Konsequenz seiner Durchführung und einer in Auffindung der richtigen Mittel unerschöpflichen Erfindungskraft, die äußerste Feinheit der Detailarbeit mit der größten Solidität und der klarsten Durchsichtigkeit seiner ganzen Anlage — kurz eine durch ihre Einfachheit wie ihre Kunst gleich ingeniöse Maschine!

Aber was kümmert uns der Kunstwert beim Prozeß, wird man mir einwenden, welchen Wert hat alle Kunst, wo es nur auf einfache Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit ankommt? Hier wird ja die Kunst zur Künstelei. Und ist nicht gerade die Rücksicht der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit durch die Weitläufigkeiten, Umwege, Wiederholungen, zu denen der alte Prozeß nötigte, entschieden verleugnet? Der Weg, den das alte Recht den streitenden Teilen öffnete, gleicht dem Geleise der Eisenbahn, es sind eiserne Schienen, in denen die Bewegung unabänderlich in der vorgeschriebenen Richtung sich vorwärts bewegen muß. Keine Abweichung zur Seite, kein Anhalten! Auch an solchen Punkten, wo

sich die Möglichkeit böte, die Sache definitiv zu Ende zu bringen, schießt der Zug unaufhaltsam vorbei, und es bedarf, nachdem er am Ziele angelangt ist, einer neuen Fahrt, neuer Kosten, neuen Zeitverlustes, um das Versäumte nachzuholen.

Gewiß! das sind die Nachteile der Einrichtung; aber es fragt sich nur, ob sie nicht, wie bei der Eisenbahn, durch die Vorteile überwogen werden — oder richtiger gesagt: im alten Rom wurden; denn wir müssen die Einrichtung nicht messen mit dem Maße der heutigen, sondern der altrömischen Zeit. Wo, wie heutzutage, die Führung eines Prozesses mit großen Kosten verbunden ist, fällt der Kostenpunkt allerdings schwer ins Gewicht, und die Rücksicht der Kostenersparnis scheint dafür zu sprechen, das gesamte Streitmaterial mit einem Male abzutun.[167]) Allein ich möchte auch hier die Frage aufwerfen: wird das Maß der Arbeit, nach dem sich doch die Kosten bestimmen, geringer, wenn dieselben Rechtsfragen gemeinschaftlich, als wenn sie isoliert behandelt werden? Ich behaupte, es wird größer, denn je mehr Fragen sich häufen, um so mehr steigt die Schwierigkeit; zu der Arbeit, die jede einzelne erfordert, gesellt sich noch als Zugabe die hinzu, alle diese Fragen auseinanderzuhalten. Wer zehn Gegenstände mit leichter Mühe hintereinander zu heben vermag, erliegt unter der Last, wenn er sie mit einem Male heben soll. Dazu kommt noch folgendes. Wo der Häufung des Streitmaterials keine Grenze gesetzt ist, wird, wie die tägliche Erfahrung unseres Prozesses lehrt, neben den Gründen und Gesichtspunkten, von denen die Partei sich allein den Sieg verspricht, noch eine Masse anderer völlig nichtiger und haltloser zusammengetragen: Einreden des Zwangs, Betrugs, Irrtums usw., an welche die Partei selber nicht glaubt, gleich als gelte es, die Gelegenheit zu benutzen, um kostenfrei auch Ballast zu befördern. Aber der Ballast wiegt für den Richter und die Gegenpartei ebenso schwer

167) Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 70, 90; über die von ihm gleichmäßig betonte Rücksicht auf Zeitersparnis s. u.

und kostet ebensoviel als das Wertobjekt! Wie sehr würde manche Partei sich besinnen, von diesem Material Gebrauch zu machen, wenn dies nicht mehr in einem und demselben, sondern, wie im alten Rom, nur in Form verschiedener Prozesse möglich wäre! Wie wenige von allen jenen Einreden, über die täglich auf Kosten der Parteien viel hin und her gestritten wird, würden als Klagen zum Vorschein kommen! Der Mechanismus, den der altrömische Prozeß besaß, und den auch der heutige für manche Verhältnisse in Anwendung bringt, verringert mithin die Kosten, anstatt sie zu erhöhen, denn er schneidet eine Menge wertlosen Streitmaterials von vornherein ab. Um den vermeintlichen Vorteil der Kostenersparnis erkaufen wir heutzutage*) Prozesse, die, einem Lastwagen gleich, das ganze Material von möglichen und unmöglichen Klagen und Einreden beider Parteien in sich aufnehmen müssen und, mühsam sich aus der Stelle schleppend und stets in Gefahr, die Ladung durch Unordnung und Verwirrung zu beschädigen, nicht selten erst am Ziele anlangen, nachdem Richter, Rechtsbeistände und Parteien die Übersicht, Geduld und das Leben verloren haben.

Neben dem Kostenpunkt fällt auch der durch den Prozeß veranlaßte Zeitverlust schwer ins Gewicht. Wo der Prozeß, wie im alten Rom, auf mündliche Verhandlung und folglich auf persönliches Erscheinen der interessierten Personen gebaut ist, scheint der Einwand, den Plank (Note 167) gegen das Prinzip der prozessualischen Isolierung der Streitsachen erhebt, „daß nämlich getrennte Rechtsstreitigkeiten doppeltes Kommen und doppelte Termine veranlassen", vollkommen begründet. Aber der Wert der Zeit ist nicht überall derselbe; daß Zeit Geld ist, gilt nur für Personen, welche arbeiten, denn nur Arbeit ist Geld. Für den, der arbeitet, ist die Frage von dem durch den Prozeß ver-

*) Ich habe dabei an den früheren gemeinrechtlichen Prozeß gedacht, der zur Zeit, als die erste Auflage dieses Werkes erschien, noch in Blüte stand; an Beispielen, für die das im Text Gesagte zutrifft, hat es derselbe nicht fehlen lassen.

anlaßten Zeitaufwand nicht eine Frage der bloßen Bequemlichkeit, sondern des materiellen Verlustes, und es wird daher begreiflich, daß die Entwicklung der Industrie, des Handels, kurz der Arbeit nicht umhin gekonnt hat, die Prozeßorganisation im Interesse der Zeitersparnis zu beeinflussen. An die Stelle des eigenen Erscheinens der Partei tritt die Vertretung durch Sachwalter, welche in einem einzigen Termin die Geschäfte von vielen Parteien versehen, an die der Mündlichkeit und des persönlichen Erscheinens vor Gericht die Schriftlichkeit. Das gesamte Streitmaterial von beiden Seiten wird möglichst in ein Verfahren zusammengefaßt.[167a])

Diese Rücksichten waren jedoch nicht maßgebend in einem Gemeinwesen, wie im alten Rom, wo von der ländlichen Arbeit abgesehen, nur die Zeit des Sklaven Geld war, und auch die ländliche Arbeit dem freien Bauern Zeit genug übrig ließ, bei seinem Marktgange nach Rom zugleich seine Rechtsstreitigkeiten zu versehen. Das Interesse einer durch veränderte Prozeßorganisation zu erreichenden Zeitersparnis, das Gewicht der Frage, ob Kläger und Beklagter in Form eines oder zweier und mehrerer Prozesse ihren Streit austragen müssen, würde hier kaum verstanden worden sein.

Aber das Verständnis drängte sich unabweisbar auf, als das Staatsgebiet von Jahr zu Jahr sich ausdehnte und die Entfernungen wuchsen. Dieser Umstand, der für das gesamte Recht, soweit es mit dem persönlichen Erscheinen zusammenhängt, einen so fühlbaren Einfluß geäußert hat (III 668), mußte in Verbindung mit dem in gleichem Schritt mit der Kultur steigenden Wert der Zeit und dem Hang zur Bequemlichkeit auch eine entsprechende Veränderung der Prozeßorganisation zur Folge haben. Jetzt war es nicht mehr gleichgültig, ob jeder selbst kommen mußte oder einen Stellvertreter schicken durfte, ob der Beklagte seine Sache

167a) Darauf zielt auch die exceptio litis dividuae und residuae des neuern römischen Prozesses.

mittelst Exzeptionen in einem Prozeß erledigen konnte, oder nach alter Weise mittelst eines besonderen Prozesses. Ob das spätere römische Recht dieser Rücksicht aber nicht auf Kosten anderer nicht minder gewichtiger Interessen einen ungebührlichen Einfluß vergönnt hat, das ist eine Frage, auf die ich mir die Antwort für das dritte System vorbehalte.

So schrumpfen also die scheinbaren Gebrechen des alten Prozesses vom Standpunkt der damaligen Zeit fast auf nichts zusammen, und wenn einmal der Wert einer Einrichtung sich nach dem Verhältnis ihrer Vorteile und Nachteile bestimmt, so wird das Urteil über den Wert des altrömischen Prozesses — ich meine nicht bloß seinen Kunstwert, sondern auch seinen praktischen Wert für das römische Leben — nicht lange zweifelhaft sein können.

Die genaue Sonderung der verschiedenen Seiten des Rechtsverhältnisses: der Ansprüche und Gegenansprüche, die größtmögliche Beschränkung und zugleich die schärfste Präzisierung der Streitfrage, die Fixierung der richterlichen Aufmerksamkeit auf den wesentlichen Punkt bis zur Unmöglichkeit des Abirrens, die Einfachheit, Raschheit und Sicherheit der Prozeßmaschinerie — das sind die Eigenschaften, die den praktischen Wert des altrömischen Prozesses bestimmen und ihn für immer nicht bloß zu einem höchst anziehenden Gegenstand historischer Untersuchung, sondern zugleich zu einer überaus wertvollen Quelle der Belehrung erheben. Aber freilich, wenn irgendwo der Satz gegolten hat: jus civile vigilantibus scriptum est,[168] so war es im alten Prozeß. Zum bequemen Sichgehenlassen war die Maschine nicht eingerichtet. So geringe Anforderungen sie an den Richter stellte, dem die Frage zur Beantwortung überwiesen war, so hohe an den Magistrat und die Parteien. Wenn sie sich versahen, wenn die Partei rechtzeitig eines Umstandes zu gedenken vergaß, der auf die Wahl der Klagformel von Einfluß hätte werden können, oder wenn eine Frag-

168) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

stellung gewählt ward, die dem Stande der Sache nicht adäquat war, kurz wenn der Prozeß bei der Instruktion vor dem Magistrat, auf der recht eigentlich der Schwerpunkt des ganzen Verfahrens beruhte, durch ungeschickte Hände in eine verkehrte Bahn geleitet ward — dann allerdings rollte er unaufhaltsam fort, und das kleinste Versehen rächte sich durch den Verlust der ganzen Sache. Aber das ist ein Fehler, wenn man ihn einmal so nennen will, der von der Idee des Prozesses unzertrennlich ist, und der in unserm heutigen Prozeß nicht minder wiederkehrt, als im spätern Formularprozeß. Gleichwohl genügte er, um die Beschreitung des Rechtswegs ohne einen erfahrenen Führer zu einem höchst mißlichen Unternehmen, m. a. W. um den Juristen unentbehrlich zu machen.[169] Daß seine Hilfe gern gewährt ward, schloß nicht aus, daß nicht der Laie den Druck dieser Notwendigkeit empfand, und wenn sich die Sage bilden konnte, die Juristen hätten in alter Zeit aus dem Recht ein Geheimnis gemacht, so wird dies jedem, der mir bisher gefolgt ist, vollkommen begreiflich erscheinen.

Wer den hohen Einfluß zu würdigen weiß, den knappe, strenge Formen auf die innere Entwicklung des Rechts ausüben, für den wird es weder einer Ausführung noch Rechtfertigung bedürfen, wenn ich schließlich mein Urteil über die historische Bedeutung des altrömischen Prozesses für die Gesamtentwicklung des römischen Rechts in den Satz zusammenfasse: was der Körper für den Geist, das war die analytische Struktur des Prozesses für die Analytik der Begriffe — ohne den altrömischen Prozeß gäbe es mutmaßlich kein heutiges römisches Recht.

169) Darüber habe ich mich schon § 42 ausgesprochen.

B. Das Rechtsgeschäft.

Korrespondenzverhältnis in der Struktur des Prozesses und Rechtsgeschäfts. — Der Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses. — Der Gedanke der Konzentration des Rechtsgeschäfts: Simultaneität des Akts, des Tatbestandes und der Wirkungen (Bedingungen und dies).

LIII. Das Rechtsgeschäft ist die Form, in welcher der subjektive Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtschöpferische Tätigkeit entfaltet. Nur insoweit er diese Grenzen innehält, *schafft* er wirklich; darüber hinaus bleibt sein Handeln entweder jeder Wirkung beraubt, ist ein leerer, nichtiger Akt, oder die Wirkung kehrt sich als negative gegen ihn, nämlich als Verpflichtung, das Geschehene ungeschehen zu machen (Strafe, Schadenersatz), *jenes*, wenn der Wille sich mit einem Rechtsbegriff, dieses, wenn er sich mit einem Verbot in Widerspruch befindet — über den Rechtsbegriff hinaus gibt es kein rechtliches *Können*, über das Verbot hinaus kein *Dürfen*.

Bezeichnen demnach die Rechtsbegriffe das Maß und den Umfang des Könnens, so gewähren sie damit zugleich die Mittel zur analytischen Bestimmung desselben: die Analyse des Rechtsgeschäfts beruht auf der der Begriffe. Nur dadurch, daß das Rechtsgeschäft auf vorhandene Begriffe zurückgeführt werden kann, gewinnt es rechtlichen Bestand, denn was nicht abstrakt möglich ist, kann auch nicht konkret wirklich werden. Das Gebiet des Möglichen aber fällt zusammen mit der Summe der anerkannten Rechtsbegriffe. Die Voraussetzung für das *rechtliche* Handeln ist eben eine ganz andere, als für das *faktische*; letzteres ist erlaubt, wenn es nicht verboten ist. Aber diese bloß *negative* und abstrakte Voraussetzung der Abwesenheit eines Verbots ist für das Rechtsgeschäft nicht ausreichend, sondern seine Voraussetzung ist wesentlich *positiver* Art.

Beruht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auf seiner Reduzierbarkeit auf bekannte Begriffe, seiner analytischen Löslichkeit, ver-

sagt m. a. W. der Jurist die Anerkennung jedem Rechtsgeschäft, das er sich nicht denken kann, so scheint damit der Verkehr in höchst bedenklicher Weise von dem „Denken" des Juristen in Abhängigkeit gesetzt worden zu sein. Das Bedürfnis und die Erfindungskraft des Verkehrs reichen stets weiter als das juristische Denken; letzteres ist stets, so paradox es klingen mag, hinter der Zeit und dem Leben zurück, so wie das Bewußtsein zurück ist hinter dem Gefühl; wie also kann man verlangen, daß erstere sich letzterem unterordnen sollen? In Wirklichkeit ist dies aber auch keineswegs der Fall, denn wo zwischen beiden ein Widerspruch besteht, und die Jurisprudenz nicht etwa schon durch geschickte Benutzung des vorhandenen Materials denselben zu schlichten vermag, wovon uns die juristische Ökonomie des alten Rechts (§ 56) Beispiele in reicher Menge bringen wird, bleibt der Jurisprudenz eben nichts übrig als sich dem Drange des praktischen Lebens zu fügen und ihr Denken, ihren geistigen Horizont entsprechend zu erweitern. Die ersten Regungen, Ansätze und Versuche zur Einführung des Neuen mögen immerhin an dem Widerstande der Jurisprudenz scheitern, dem fortgesetzten Andrängen hält derselbe nirgends stand.

Das Erfordernis der analytischen Zersetzbarkeit des Rechtsgeschäfts enthält keine Beschränkung in bezug auf die Zahl und die Art der zu einem und demselben Rechtsgeschäft zu kombinierenden Begriffe. Die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse lassen sich, insofern keine besonderen Formvorschriften für sie aufgestellt sind, durch einen und denselben Akt ins Leben rufen, so daß also z. B. Übertragung des Eigentums,[170]) Bestellung von Servituten und Hypotheken, Begründung von Obligationsverhältnissen, Zession von Forderungen, Aufgabe von Rechten aller Art zu einem einzigen Rechtsgeschäft zusammengefaßt werden dürfen.

---

170) Selbst ohne den äußern Akt der Tradition durch die traditio brevi manu und des constitutum possessorium.

Aber ist ein solches Rechtsgeschäft in der Tat ein einziges zu nennen? Legt man den obigen Gesichtspunkt zugrunde, daß die Analytik der Rechtsgeschäfte und folglich ihre Individualität in den Rechtsbegriffen ruht, so wird man die Frage verneinen und vielmehr sagen müssen: es liegen hier so viel Rechtsgeschäfte als Rechtsverhältnisse vor, jene werden zwar sämtlich durch einen und denselben äußern Akt vollzogen, allein dies schließt für sie die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Unterscheidung ebensowenig aus, wie die Verbindung mehrerer Klagen zu einer einzigen Klagschrift — es gibt einfache und kombinierte Rechtsgeschäfte, der Begriff der Kumulation der Klagen findet sein Seitenstück an der Kumulation mehrerer Rechtsgeschäfte zu einem einzigen.

Die historische Entwicklung beider Begriffe im römischen Recht hat nicht gleichen Schritt gehalten. Während noch die neuere Jurisprudenz im ganzen und großen an dem hergebrachten Verbot der Klagenkumulation festhält (S. 34), hat sie dagegen für das Rechtsgeschäft, insoweit sie freie Hand hatte, d. h. für die formlosen Verträge und Akte des neuern Rechts, dem Gedanken der Kumulation keinen Widerstand entgegengesetzt. Diese Verschiedenheit hängt damit zusammen, daß die Strenge der Disziplin nicht bloß dem Prozeß nötiger ist als dem Leben, sondern daß sie sich für ihn zugleich leichter erzwingen läßt. Mit dem Verschwinden der meisten römischen Geschäftsformen im justinianischen und heutigen Recht hat die Möglichkeit einer Kumulation der Rechtsgeschäfte noch beträchtlich an Ausdehnung gewonnen, und es sind fast nur noch das Testament und die modernen Formen des Handels- und Seerechts, welche sich ihr entziehen.

Mit welchen Augen die altrömische Jurisprudenz sie betrachten mußte, werden wir nicht erst zu sagen haben. Eine Jurisprudenz, die den Grundsatz der analytischen Einfachheit, den Gedanken, daß das, was begrifflich eins ist, sich auch bei seinem äußern Auftreten in konkreter Gestalt als solches erweisen müsse, bei der Organisation des prozessualischen Verfahrens mit solcher eisernen

Konsequenz zur Geltung gebracht hatte, wäre auf halbem Wege stehen geblieben, wenn sie sich bei der Gestaltung der Ordnung des Rechtsgeschäfts seiner hätte entschlagen wollen. Wenn man einmal dem Prozeß die Einrichtung gab, daß nur ein einfaches Rechtsverhältnis Zutritt zu ihm finden konnte, was lag näher, als den Zersetzungszwang rückwärts über den Prozeß hinaus bis zur Begründung des Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft zurückzuerstrecken? Was im Prozeß sich scheiden mußte, warum sollte es im Rechtsgeschäft vereint sein? Erst wenn letzteres demselben Gesetz der Analyse unterworfen war, das für jenen galt, war der Gefahr der Unordnung und Verwirrung, die jede Vermischung verschiedener Rechtsverhältnisse in sich schließt, gründlich vorgebeugt. Rechtsbegriff, Rechtsgeschäft und Rechtsverfolgung oder Klage bildeten unter dieser Voraussetzung eine fortlaufende Linie oder richtiger drei sich streng aneinander anschließende und sich deckende Größen, die dialektische Fortbewegung eines und desselben Gedankens.

In der Tat hat die ältere Jurisprudenz diesen höchst einfachen und nicht minder fruchtbaren und genialen Gedanken mit ihrer bekannten Energie erfaßt und verwirklicht. Rücksichtlich der Klage ist dies früher nachgewiesen, rücksichtlich des Rechtsgeschäfts soll es an dieser Stelle geschehen.

Die Kongruenz zwischen der Klage und dem Rechtsgeschäft beschränkt sich aber keineswegs auf diese ihre gemeinsame Übereinstimmung mit dem Begriff, den sie verwirklichen, so daß sie unter sich nur gleich wären, weil sie mit einem Dritten gleich sind, sondern sie erstreckt sich auch auf das, worin sie durch den Begriff nicht weiter beeinflußt werden, das rein Mechanische ihrer Struktur. Schon bei einer andern Gelegenheit, nämlich in bezug auf das Formelwesen (III 628), ist das Korrespondenzverhältnis zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts von uns nachgewiesen worden. Dasselbe wiederholt sich nun bei der gegenwärtigen Gelegenheit in einer Weise, daß man über die Absicht und Planmäßigkeit nicht im Zweifel sein kann. Die Ver-

wandtschaft der analytischen Struktur des Prozesses und des Rechtsgeschäfts dokumentiert nicht bloß die Gemeinsamkeit ihrer beiderseitigen *Abstammung* von denselben Meistern, sondern ungleich mehr als das, die Gemeinsamkeit oder richtiger Gegenseitigkeit ihrer *Bestimmung* — beide sind gegenseitig aufeinander *berechnet*, es besteht zwischen ihnen kein bloßer Parallelismus, sondern ein *Korrespondenzverhältnis*.

Die Erkenntnis dieses Verhältnisses ist für die Reproduktion der Theorie des alten Rechtsgeschäfts von maßgebendem Einfluß; sie setzt uns instand, nicht allein aus den bloßen Bruchstücken, welche uns überliefert sind, das Ganze zu erkennen, sondern auch genau zu unterscheiden, was von der Theorie des Rechtsgeschäfts der alten und der neuen Zeit angehört. In unsern Quellen liegt beides ungeschieden nebeneinander: bei *diesem* Verhältnis die Einschärfung einer Regel, die bei *jenem* hintenangesetzt wird, bei demselben Institut Strenge in der einen und Nachgiebigkeit in der andern Richtung. Nur innere Kriterien, die Erkenntnis des Gegensatzes der älteren und neueren Methode, können hier einen Anhaltspunkt liefern, um künstlich diesen Knäuel von Rechtssätzen, die ganz verschiedenen Epochen der Jurisprudenz entstammen, zu entwirren.

Die zwei Grundgedanken der prozessualischen Analytik bestanden, wie früher gezeigt, in dem durch das Aktionensystem gesicherten Grundsatz der *Einfachheit* des Rechtsverhältnisses (§ 51) oder, negativ ausgedrückt, in der Unzulässigkeit der Klagenkumulation und in dem Gedanken der *Konzentrierung* der gesamten prozessualischen Aktion auf den Moment der Litiskontestation (S. 24). Überzeugen wir uns, daß beide Grundgedanken mit den eigentümlichen Modifikationen, welche die besondere Natur des Rechtsgeschäfts mit sich brachte, in der Struktur des letztern sich wiederholen.

I. Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses.

Wenn ich früher die römische Aktio sowohl in formeller als materieller Beziehung als Individuum bezeichnet habe (III 659, IV 32), so darf ich denselben Ausdruck auch auf das Rechtsgeschäft anwenden. Das Individualitätsmoment beider beruht auf dem Recht, das sie zum Gegenstande haben; derselbe Grundsatz, den wir für den Prozeß nachgewiesen haben: soviel Ansprüche, soviel Klagen, gilt auch für das Rechtsgeschäft: soviel Ansprüche, soviel Rechtsgeschäfte.

Soll diese Behauptung richtig sein, so muß nicht bloß die Kumulation ungleichartiger Geschäfte, z. B. der Eigentumsübertragung und der Begründung von Servituten und Obligationen, sondern auch die gleichartiger Geschäfte, wie z. B. der Übertragung mehrerer Sachen oder der Bestellung mehrerer Servituten durch einen Manzipationsakt ausgeschlossen gewesen sein. Untersuchen wir, ob dies wirklich der Fall war.

Das neuere römische Recht kennt gewisse Verhältnisse, bei denen die zwei Grundelemente des Rechts, welche sonst so weit auseinander gehen, das dingliche und obligatorische, sich zu einer systematischen Einheit verbinden, nämlich das pignus, die superficies und die emphyteusis. Beide Seiten dieser Verhältnisse, die dingliche (das jus in re) und die obligatorische (der Kontrakt) werden hier durch einen und denselben Akt ins Leben gerufen, können es wenigstens. So das neuere Recht; ganz anders aber das ältere. Das Verhältnis, welches dem älteren Recht die Notwendigkeit einer Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elements zuerst entgegenführte, war der Ususfruktus. Die Art, wie es diese Notwendigkeit technisch vollzog, ist von der des neuern Rechts völlig abweichend; anstatt wie letzteres die beiden Elemente zur Einheit des Akts zusammenzufassen, hielt es dieselben, wie sie im Begriff innerlich geschieden waren, so auch im Rechtsgeschäft äußerlich auseinander, d. h. es erforderte für jedes derselben einen besonderen Akt, für das jus in re die in

jure cessio, für das Obligationsverhältnis die Stipulation (cautio usufructuaria). Man wende nicht ein, daß die Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elements beim Ususfruktus eine minder innige sei als bei den drei andern Verhältnissen. Das obligatorische Band ist dem einen Verhältnis ganz ebenso notwendig und unentbehrlich wie bei den drei andern.[171]) Die Verschiedenheit ihrer Struktur läßt sich mithin nur auf technische Gründe zurückführen, sie hat durchaus keinen innern, sondern lediglich einen historischen Grund, es sind zwei verschiedene Perioden der juristischen Technik, die sich darin widerspiegeln.

Die Behauptung von der grundsätzlichen Abneigung des ältern Rechts gegen die Verbindung ungleichartiger Elemente zur äußeren Einheit eines und desselben Rechtsgeschäfts hat aber noch erst ihre Probe zu bestehen. Läßt sich aus dem ältern Recht nur ein einziges Beispiel beibringen, in dem ein und derselbe Akt zugleich dingliche und obligatorische Wirkungen hervorbrachte, so ists um die Richtigkeit derselben geschehen. Und in der Tat scheint der bekannte Satz der XII Tafeln: cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ein solches Beispiel zu gewähren. Damit scheint allen bei Gelegenheit der mancipatio, also der Eigentumsübertragung vereinbarten obligatorischen Bestimmungen rechtliche Kraft eingeräumt worden zu sein.

Die einzige quellenmäßig bezeugte obligatorische Wirkung, welche sich an die Manzipation knüpfte, bestand in der actio auctoritatis, der Klage aufs Doppelte im Falle der Entwährung. Wäre diese Klage in Wahrheit eine Wirkung der Manzipation als solcher gewesen, so hätte sie in allen Fällen der Manzipation eintreten müssen, einerlei ob die letztere auf Grund eines Kaufs oder einer Schenkung erfolgt wäre. Dies war aber keineswegs der Fall. Jene Klage nämlich war vielmehr bedingt durch zwei der

171) L. 6 pr. ut in poss. (36. 4), L. 1. L. 4 Cod. de usufr. (3. 33), L. 7 Cod. ut in poss. (6. 54). R. Elvers, Die römische Servitutenlehre. S. 554 ff.

Manzipation völlig fremde Voraussetzungen, die, daß die Manzipation infolge eines Kaufkontrakts erfolgt, und die, daß der Kaufpreis bezahlt war. Demnach bildete die Manzipation für sie nicht den Grund, sondern bloß eine ihrer Voraussetzungen, und so wenig man die Usukapion darum, weil sie unter ihren Voraussetzungen ein obligatorisches Geschäft (titulus) zählt, als Wirkung der Obligation bezeichnen darf, ebensowenig die obige Klage als Wirkung der Manzipation. Am richtigsten dürfte man in ihr wohl eine qualifizierte Diebstahlsklage erblicken.[171a]) Der Verkäufer hat durch das Geschäft den Käufer um den Kaufpreis gebracht, ein furtum nec manifestum an ihm begangen und haftet infolge davon aufs Doppelte.[172]) Wie wenig die Worte der XII Tafeln über die Manzipation, wenn sie wirklich einen obligatorischen Sinn gehabt hätten, von den römischen Juristen in diesem Sinn verstanden worden sind,[173])

171a) Was Leist, Manzipation und Eigentumstradition, Jena 1865 S. 127 dagegen einwendet, kann auf sich beruhen bleiben. Man muß die weite Ausdehnung des Diebstahlsbegriffs im ältern Recht kennen, um die obige Behauptung richtig zu würdigen. Unter denselben Gesichtspunkt fällt auch die Haftung des unterliegenden Besitzers im Vindikationsprozeß für den doppelten Betrag der Vindizien. Sowenig die obrigkeitliche Erteilung derselben die Anwendung des Diebstahlsbegriffs ausschloß, ebensowenig die vertragsmäßige Übertragung der Sache in Form der mancipatio, nach alter Auffassung enthielt jede unrechtmäßige Aneignung fremden Guts, in welcher Form sie auch geschehen mochte, ein furtum.

172) So erklärt sich auch, daß das Doppelte als notwendige, unabänderliche Folge der Eviktion bezeichnet wird, während, wenn der Vertrag als Grundlage gegolten hätte, nicht abzusehen wäre, warum die Parteien durch Vereinbarung den Betrag der Eviktionsleistung nicht hätten erhöhen oder verringern können. — In welchem Lichte mir die Idee erscheinen muß, den Anspruch auf Eviktionsleistung wegen einer manzipierten und tradierten res mancipi als einen Fall einer per aes et libram begründeten Schuld aufzufassen (Huschke: Gajus, Beiträge usw. S. 100), und wie ich demnach über das: secundum „mancipium", das dieser Schriftsteller statt des früher von ihm beliebten „lege mancipii" in den Text von Gaj. III. 174 aufgenommen hat, denke, brauche ich nicht erst zu bemerken.

173) Welcher Sinn für sie außerdem noch erübrigte, habe ich bereits an-

geht schlagend daraus hervor, daß sie dem Nebenvertrag der fiducia die Aufnahme in die Mancipationsformel versagten und ihn in die Form eines selbständigen, ursprünglich klaglosen Nebenvertrags, ich möchte sagen eines geheimen Artikels (III 531), wiesen. Hätte er in jener Formel Platz finden können, so würde er, wie alle andern obligatorischen Akte des alten Rechts, eine actio stricti juris erzeugt haben, während die aus ihm entspringende Klage in Wirklichkeit eine act. bonae fidei war, eine Klage, die an dem harten Stamm der mancipatio ebensowenig gewachsen sein kann, wie eine Rose an einem Eichbaum. [174])

Eine interessante Parallele zu der fiducia und damit zugleich einen neuen Beleg für unsere Ansicht gewährt die Form der dem Sklaven bei seiner Freilassung von seinem Herrn auferlegten Verpflichtung zu Dienstleistungen (operarum obligatio). Wenn man erwägt, daß diese Auflage bei dem Akte der Freilassung und vor der Obrigkeit erfolgte, [175]) so wird man den Grund, warum sie nicht als Modus in die Formel der Manumission aufgenommen ward, sondern sich gleich der fiducia mit der Form eines mehr in das Gewissen (fides) geschobenen Nebenvertrages (Eid) begnügen mußte, abermals nur in unserm obigen Prinzip erblicken können: daß ein und derselbe Akt nicht dazu angetan war, zwei systematisch verschiedene Wirkungen (Freiheit und Obligation) hervorzubringen.

Demnach nehme ich keinen Anstand, den Satz aufzustellen, daß kein Akt des älteren Rechts zugleich dingliche und obligatorische Wirkung hervorbrachte, daß vielmehr derselbe scharfe Gegensatz,

---

gegeben (III 548); an Beispielen ähnlicher restriktiver Interpretationen fehlt es bekanntlich dem ältern Recht nicht, s. III 456 flg.

174) Bei Gelegenheit der Frage von dem Alter der actiones bonae fidei werde ich darauf zurückkommen. — Das Argument, das man aus L. 48 de pact. (2 14) Gajus ad legem XII tabul. entnehmen könnte, wird keiner Widerlegung bedürfen.

175) Und zwar, wie es scheint, zum Zweck einer im Interesse beider Teile angeordneten Mitwirkung des Magistrats arg. L. 47 de oper. lib. (38. 1) . . Praetorem non pati, Cic. ad Attic. VII, 2 a. E. . . in eo, qui eadem liber non juraret.

der im ältern Recht zwischen den Begriffen eines dinglichen und obligatorischen Rechts bestand, sich auch bei der Begründung derselben durch Rechtsgeschäft wiederholte.

Wie Eigentum und Obligation, so sind auch Eigentum und Servitut systematisch verschieden; es müßte mithin unserem Prinzip zufolge eine Kumulation beider zu einem Rechtsgeschäft unstatthaft gewesen sein. Dem scheint die Möglichkeit der Deductio von Servituten bei Gelegenheit einer solennen Eigentumsübertragung zu widersprechen.[176] In Wirklichkeit aber verwandelt sich dieser Schein des Widerspruchs gerade in eine Unterstützung unserer Ansicht, denn die Form, in der jene Servitutbestellung erfolgte, bestätigt unsern Grundsatz gerade durch die Art, wie sie ihm ausweicht. Es wird nämlich der Sache die Gestalt gegeben, als ob bloß ein Akt, nämlich eine Eigentumsübertragung vor sich gehe, aber an einem mit der gewünschten Servitut belasteten Grundstück. Nicht so ist der Hergang zu denken, als ob der Manzipant erst Eigentum übertrüge und sodann der Empfänger auf Grund des soeben erworbenen Eigentums die Servitut bestellte — dann würden in der Tat juristisch zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, woran sich die praktisch wichtige Folge knüpfen würde, daß bei mangelnder Veräußerungsbefugnis in der Person des Empfängers die Servitutbestellung ungültig sein würde — sondern der Manzipant behält von dem, was er überträgt, etwas zurück, er zieht etwas ab (deducit) — eine Wendung im Geist der analytischen Methode, zu welcher der Prozeß in dem „cum deductione und compensatione agere“ (S. 80) ein Seitenstück darbietet, und deren materielle Statthaftigkeit die alten Juristen auf die oben in Bezug genommenen Worte der XII Tafeln über die Manzipation stützen konnten. Sowenig wie die Klage des Argentarius juristisch zwei Forderungen, sowenig hatte jener Akt zwei dingliche Rechte zum Gegenstande; das vor-

176) Gaj. II, 33. Vat. fragm. § 47, 50, 51 und oben Note 89; Dirksen, Vermischte Schriften I. S. 110.

behaltene Recht fungierte hier, wie bei der Subtraktion, nur als Subtraktionsfaktor.

In konsequenter Durchführung dieses Gesichtspunktes muß es verstattet gewesen sein, auch mehrere Servituten vorzubehalten, z. B. gleichzeitig den Nießbrauch, eine Weggerechtigkeit u. a., während ein Gleiches meiner Meinung nach bei selbständiger Bestellung der Servituten schlechthin ausgeschlossen war, — wo die Einheit bloß auf dem Minuendus beruht, ist die Mehrheit der Subtrahenden gleichgültig. Hätte das ältere Recht bereits die übrigen jura in re gekannt, so würde es rücksichtlich ihrer sich sicherlich ganz desselben Mittels bedient haben, und den Grund, daß dasselbe bei letztern nicht erwähnt wird, vermag ich daher nicht[177]) in einer systematischen Verschiedenheit derselben von den Servituten, sondern nur in dem rein historischen Moment zu erblicken, daß das Aufkommen dieser Rechte in eine Zeit fällt, wo die Jurisprudenz sich bereits von dem Bann der alten Technik losgemacht hatte.

Das Gegenstück zu dem eben besprochenen Fall liefert die Bestellung von Prädialservituten zugunsten des Erwerbers. Der bisherige Eigentümer führt unter den dem zu übertragenden Grundstücke zustehenden Servituten auch diejenige auf, welche er auf das von ihm zurückbehaltene Grundstück übernehmen will, es erscheint also auch hier wiederum die Servitutbestellung nicht als besonderes Rechtsgeschäft, sondern als eine Modalität der Eigentumsübertragung. Während das praedium in jenem Fall als serviens, wird es in diesem als dominans übertragen.[178])

Damit ist das dürftige Material, welches unsere Quellen für die Frage von der Kumulation mehrerer ungleichartiger

177) Wie Dirksen a. a. O. S. 119 es tut.

178) L. 3 L. 6 pr. L. 7 pr. Comm. praed. (8. 4). Daß ich, was hier von der traditio gesagt wird, auf die beiden Geschäftsformen im Texte beziehe, wird keiner Rechtfertigung bedürfen.

Rechtsgeschäfte meines Wissens darbieten, erschöpft. Es verbleibt uns jetzt noch die Frage von der Möglichkeit der Verbindung mehrerer *gleichartiger* Rechtsgeschäfte zu einem Akt.

Halten wir uns hier an die drei Grundformen des römischen Geschäftslebens (§ 46): die mancipatio, in jure cessio und stipulatio, so darf zunächst für die in jure cessio, wenn sonst der Schluß von der Vindikation auf sie ein berechtigter ist, die Unzulässigkeit einer solchen Kumulation unbedenklich behauptet werden. Konnte man nicht mehrere Gegenstände mit einem Male vindizieren, so konnte man sie auch nicht durch Scheinvindikation mit einem Male vor Gericht *abtreten*; dem Satz: *soviel Gegenstände, soviel Vindikationen* (S. 31), muß der entsprochen haben: *soviel Gegenstände, soviel Akte der in jure cessio*. Soweit wie das *ausschließliche* Gebiet der in jure cessio (III 553), wird sich mithin auch der Grundsatz der Unzulässigkeit der Kumulation der dadurch zu bewerkstelligenden Geschäfte erstreckt haben, so daß also z. B. die Emanzipation mehrerer Kinder oder die Freilassung mehrerer Sklaven durch *einen* Akt ausgeschlossen gewesen sein wird.

Für die mancipatio hat jener Schluß von der rei vindicatio keine Geltung, und von ihr ist wenigstens in *einer* Anwendung, nämlich hinsichtlich der Eigentumsübertragung, die Möglichkeit einer Kumulation ausdrücklich bezeugt. Von beweglichen res mancipi, sagt Ulpian (Fragm. XIX, 6), lassen sich mit einem Male so viele manzipieren, als man mit der Hand fassen kann, von unbeweglichen so viel, als man Lust hat. Daß dieser Rechtssatz bereits dem älteren Recht bekannt gewesen, muß ich bezweifeln. Ich will dem Umstande, daß Gajus bei seiner Darstellung der mancipatio (I, 119—122) nichts von ihm zu melden weiß, keine allzu hohe Beweiskraft beilegen, obgleich er doch immer mit ins Gewicht fällt; allein wer mir bisher gefolgt ist und eine Anschauung gewonnen hat von dem analytischen Geiste, der die ganze alte Jurisprudenz beseelt, von der Strenge und Folgerichtigkeit ihrer Methode, der wird, wie ich glaube, nicht anstehen, meinen

Zweifel zu teilen. Man könnte mir den Einwand machen, daß die Beschränkung der Manzipation auf einen einzigen Gegenstand in gewissen Anwendungsfällen, z. B. bei der Übertragung einer Herde, mit zu großen praktischen Unzuträglichkeiten verbunden gewesen sei. Allein abgesehen davon, daß sich für diesen Zweck die in jure cessio darbot (nach dem Vorbild der Vindikation einer Herde, S. 38), so dürfte die Unbequemlichkeit nicht allzu hoch anzuschlagen sein, indem mit Hilfe einiger Sklaven, die bekanntlich der Manzipation fähig waren,[179]) auch die stattlichste Herde sich stückweis in kürzester Zeit manzipieren ließ.

Die Stipulation konnte den verschiedenartigsten Obligationsstoff, ein Geben, Tun und Unterlassen in beliebiger Häufung und Mischung in sich aufnehmen, es stand also nichts im Wege, die mannigfaltigsten materiellen Verträge, das Darlehn, den Kauf- und Mietkontrakt, die Sozietät usw. zusammen in eine einzige Stipulation zu werfen. Daß dies bereits im alten Recht so gewesen, glaube ich ebenfalls in Zweifel ziehen zu sollen. Nicht etwa bloß auf die abstrakten Schlußworte der Stipulation: spondesne spondeo legte die alte Zeit das entscheidende Gewicht, so daß die Verschiedenheit des Inhalts gar nicht weiter in Betracht gekommen wäre, sondern jene Worte hatten ursprünglich für die Stipulation keine geringere und höhere Bedeutung als die: ajo . . meum esse für die in jure cessio und mancipatio, d. h. sie kennzeichneten das Geschäft der Gattung, nicht aber der Art nach, das eigentliche Individualitätsmoment aller dieser Geschäfte aber beruhte auf dem Gegenstand, dem Inhalt, und sowenig man auf den Grund hin die in jure cessio einer körperlichen Sache, einer Erbschaft, Servitut, Tutel hätte verbinden dürfen, weil das Schema ajo . . meum esse bei allen dasselbe war, ebensowenig meiner Ansicht nach auf denselben Grund hin mehrere juristisch verschiedene Obligationsstoffe zu einer Obligation. Eine stipulatio emti, venditi, locati, con-

179) Gaj. II, 87.

ducti erschien den alten Juristen sicherlich nicht minder als juristisches Individuum, als irgend eines der soeben genannten Geschäfte.[181]) Für alle Verträge gab es in alter Zeit bestimmte Formulare, und obgleich der Gebrauch derselben frei war, wie schon aus der Erwähnung mehrerer Formulare für ein und dasselbe Geschäft hervorgeht,[182]) so hielt doch der Verkehr aus gutem Grunde (II 300 fl.) die Bahnen inne, die ihm in den verschiedenen Formularen übereinstimmend vorgezeichnet waren, und gerade dieser Umstand, die Gewöhnung an den Gedanken, daß es für jedes Geschäft eines besonderen Formulars bedürfe, wird den der späteren Zeit so geläufigen Gedanken, verschiedenartige Geschäfte und Formulare zu einem einzigen Stipulationsganzen zu verbinden, in alter Zeit nicht haben aufkommen lassen. Und wozu auch? Um das spondesne spondeo statt zehnmal bloß einmal auszusprechen? Und um dieses Vorteils willen hätte man die sonst so strenge gehüteten Elementarbegriffe der juristischen Methode verleugnen und sich in die Lage versetzen sollen, aus dieser einen Stipulation auch eine einzige Klage (S. 40) zu geben?

Nur ein einziges Geschäft gab es, bei dem unser Grundsatz der Einfachheit nicht zur Anwendung kam und kommen konnte, das Testament. Dasselbe war nicht sowohl ein einziges Rechtsgeschäft, als ein ganzer Komplex von Rechtsgeschäften verschiedenster Art: von Erbeseinsetzungen, Vermächtnissen, Freilassungen, Vormundschaftsernennungen. Alle diese Verfügungen, im übrigen von höchst verschiedenem juristischen Charakter, trafen nur darin zusammen, daß sie sämtlich auf die Voraussetzung des

181) Das Individualitätsmoment fand in gewissen Schlagworten seinen formellen Ausdruck, ohne den schwerlich ein alter Jurist den bestimmten Kontrakt angenommen haben würde, so z. B. die stipulatio emti in den Worten habere recte licere (vgl. die Beispiele bei Varro de re rust. II. 2, 3, 4), die stipul. conducti in den Worten: frui licere (Stellen bei Dirksen, Manuale unter frui).

182) Varro de re rust. II. 2, 5.

Todes des Erblassers gestellt waren. Es ergibt sich daraus, wie verkehrt es sein würde, das Testament mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden auf eine Linie zu stellen. Das richtige Verhältnis ist vielmehr das, daß auf der einen Seite das Testament steht als Inbegriff sämtlicher letztwilliger Rechtsgeschäfte, auf der andern Seite aber ihm gegenüber die Gesamtsumme aller denkbaren Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Das Eigentümliche der letztwilligen Autonomie im Gegensatz zu der unter Lebenden besteht darin, daß, während letztere sich nur in einzelnen Akten äußert, sich aber nicht zu einem eine Menge einzelner Geschäfte enthaltenden Akte zu erheben vermag, jene in die Form eines alle letztwilligen Dispositionen umfassenden Gesamtaktes gebracht ist — ein Grundsatz, den das neuere römische Recht erst mit Einführung der Kodizille verlassen hat. So repräsentiert uns das Testament gewissermaßen die eine Hälfte der gesamten Autonomie des Subjekts und verhält sich zu den bisher betrachteten Rechtsgeschäften unter Lebenden ungefähr ebenso, wie die Erbschaft zu den einzelnen Vermögensrechten, und wir dürfen dasselbe in Nachbildung der Ausdrücke Universal- und Singularsukzession etwa als Universalgeschäft gegenüber dem Singulargeschäft bezeichnen. Was die Römer veranlaßt hat, im Gegensatz zu dem für das letztere geltenden Grundsatz der notwendigen Trennung für die letztwilligen Geschäfte umgekehrt den Grundsatz der notwendigen Kumulation aufzustellen, ist nicht schwer abzusehen. Zunächst bietet sich ein historischer Grund dar in der ursprünglichen Form der Testamentserrichtung in der Volksversammlung. Ich habe mich früher (I 45) dafür ausgesprochen, daß das Volk die Testamente nicht bloß einfach zu vernehmen hatte, sondern daß es sie prüfen und mithin auch verwerfen durfte, und ich bin in der Lage, den dort benutzten Gründen noch einige andere auf die gegenwärtige Veranlassung bezügliche von erheblichem Gewicht hinzufügen zu können. Sollte dem Volke ein wirkliches Urteil ermöglicht werden, so mußte der Testator ihm den ganzen von ihm entworfenen Plan der Beerbung mitteilen. Nur in diesem Ge-

samtzusammenhange ließen die einzelnen Bestimmungen sich richtig beurteilen, abgesehen davon ebensowenig, wie der einzelne Paragraph eines Kontrakts ohne Einsicht des ganzen Dokuments. Eine Disposition, welche bei Vorhandensein von Kindern keine Aussicht hatte, die Billigung des Volks zu erlangen, konnte bei Mangel derselben nicht dem mindesten Anstand unterliegen. Darum mußte das Volk wissen, woran es war, und darum mußte der ganze Erbschaftsplan demselben vorgelegt werden.

Welche Garantie gab es, daß der Testator wirklich den ganzen Plan vorlegte und sich nicht etwa auf diejenigen Bestimmungen beschränkte, welche aus dem Grunde der Sanktion des Volks bedurften, weil sie eine Abweichung vom Gesetz enthielten, während er sich in bezug auf die übrigen der Aussicht getröstete, daß die Intestaterbfolge zur Anwendung kommen würde? Die Antwort lautet: die Garantie lag darin, daß das Recht ihm die Aussicht auf die subsidiär zur Anwendung gelangende Intestaterbfolge völlig abschnitt. Diesen Zweck hatte meines Erachtens die bekannte Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Dieser Satz, über dessen Bedeutung in unserer Literatur so außerordentlich viel gänzlich Ungesundes und Abenteuerliches zutage gefördert ist, enthält meiner Ansicht nach ein so unentbehrliches Komplement des alten testamentum in comitiis calatis, daß er unter ähnlichen Verhältnissen anderwärts sofort und unabweisbar wieder in Geltung treten müßte. Ohne ihn hätte jeder Testator das Volk hintergehen und seine Zustimmung zu Anordnungen erschleichen können, die dasselbe bei Vorlegung des gesamten Sukzessionsplans nie gebilligt haben würde. Mittelst seiner war dafür gesorgt, daß ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selber betrog, d. h. sich in seinen eigenen Schlingen fing.[182a])

182a) Wenn Unger, Verträge zugunsten Dritter (in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 59) gegen die obige Deutung einwendet, daß „ihr zufolge der auf die Hälfte eingesetzte Erbe gar nicht hätte zur Erbfolge gelangen, sondern daß die Intestaterbfolge hätte eintreten müssen", so erwidere ich, daß,

Aber noch einen andern Ausweg gab es, den man ihm versperren mußte. Angenommen, seine Absicht ging darauf, einen seiner Söhne auszuschließen, er sah aber voraus, daß das Volk, wenn er diese Bestimmung ausdrücklich treffen wollte, seine Zustimmung verweigern würde. In diesem Fall konnte er auf den Gedanken verfallen, das Dasein des Sohnes völlig zu verschweigen; hatte das Volk den Testamentsentwurf einmal genehmigt, so hatte er seinen Zweck erreicht, und das Volk war hintergangen. Damit haben wir die Erklärung eines andern Satzes des altrömischen Erbrechts, nämlich des bekannten Satzes, daß der Testator seine sui entweder instituieren oder exheredieren muß, nicht aber präterieren darf; tut er es dennoch, verheimlicht er also dem Volk das Dasein derselben, so fällt der beabsichtigte Betrug auf ihn selbst zurück, sein Testament wird je nach Umständen ganz oder zum Teil (das bekannte accrescere der Töchter und Enkel), nichtig, es tritt also bei dieser Erschleichung der Genehmigung des Volkes ganz dieselbe Wirkung ein, die das spätere Recht für das Erschleichen kaiserlicher Reskripte vorschreibt.[183]) Auch dieser Satz war vom Standpunkt der Verhältnisse aus, für die er berechnet war, in dem Maße notwendig, daß er meiner Überzeugung nach bei gleichen Verhältnissen überall wieder zum Vorschein kommen müßte. Wenn derselbe auch noch nach der Änderung der alten Testamentsform beibehalten ward, so hängt dies damit zusammen, daß er die einzige Handhabe bot, um einem Kinde, das entweder zur Zeit des Testaments noch nicht geboren oder aber vom Vater fälschlich für verstorben gehalten ward, den Zugang zum väterlichen Nachlaß zu eröffnen.

Der im bisherigen entwickelte ursprüngliche historische

---

wenn ein Testator dem Volk einen so absonderlichen Testamentsentwurf eingereicht hätte, ihm sicherlich die Frage nicht erspart geblieben wäre: warum bloß auf die eine Hälfte, was soll mit der andern werden? Ein solcher Entwurf wäre also in der Versammlung entweder sofort rektifiziert, oder, wenn der Testator sich dazu nicht verstand, vom Volk verworfen worden.

183) L. 2 Cod. si contra jus. (I, 22) . . . . in tacendi fraude.

Grund für die attraktive, sämtliche letztwillige Bestimmungen erfassende Kraft des Testaments verlor mit der Verdrängung des öffentlichen durch das Privattestament, das **testamentum per aes et libram**, d. i. mit dem durch die XII Tafeln ausdrücklich sanktionierten Grundsatz der Testierfreiheit (**uti legasset super pecunia tutelave suae rei**) seine Bedeutung. Wenn gleichwohl die römische Jurisprudenz noch geraume Zeit daran festhielt, so vermag ich den Grund davon nicht lediglich in dem Konservativismus der Römer zu erblicken — hat doch selbst unser heutiges Recht den Gedanken in der Gestalt, die er im spätern römischen angenommen hat, nämlich in seiner Beschränkung auf die Erbeseinsetzung aufrecht erhalten. Vielmehr müssen praktische Motive hinzugekommen sein, und sie bieten sich ungesucht dar in der aus einer Zersplitterung der einzelnen letztwilligen Akte leicht sich ergebenden Verwirrung und Unsicherheit und in dem dieser Gefahr begegnenden Bestreben, den Testator selber durch die vorgeschriebene Simultaneität seiner sämtlichen letztwilligen Verfügungen zur einheitlichen Vergegenwärtigung ihres gegenwärtigen Ineinandergreifens, kurz zur Klarheit über seinen ganzen Sukzessionsplan zu zwingen. Erst mit dem Aufkommen der Kodizille ist der Grundsatz der Universalität des Testaments verlassen worden, worauf ich unten zurückkommen werde.

II. Der Gedanke der Konzentration des Rechtsgeschäfts.

Die glückliche Idee der Konzentrierung des Prozesses auf den Moment der Litiskontestation findet ihr würdiges Seitenstück an dem alten Rechtsgeschäft. Wie der ganze Prozeß sich um diesen einen Moment als seinen Angelpunkt dreht (S. 24 flg.), und der Richter bei der Beurteilung des Streitverhältnisses weder frühere, noch spätere Ereignisse ins Auge zu fassen hat, so bildet in gleicher Weise für alle Fragen, welche sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsgeschäfts beziehen, der Moment der Vornahme desselben den Normalpunkt ihrer Beurteilung. Auf

diesen Moment hat der Richter seinen Blick zu beschränken, alles andere, das Frühere oder Spätere kümmert ihn nicht, das Rechtsgeschäft versteinert sich in gleicher Weise, wie das Streitverhältnis in derjenigen Gestalt, die es in diesem Moment an sich trägt, unempfänglich gegen alle Einwirkungen der Zukunft oder Nachwirkungen der Vergangenheit, es hat weder eine Vorgeschichte noch Nachgeschichte, es gehört lediglich diesem Moment an, der über sein ganzes Dasein, seine Voraussetzungen und seine Wirkungen entscheidet.

Der aufgestellte Grundsatz soll nach den drei Seiten, die für die Beurteilung eines jeden Rechtsgeschäfts in Betracht kommen, nachgewiesen werden; es sind

1. der äußere Akt der Handlung als solcher;
2. die Erfordernisse seiner Wirksamkeit (Tatbestand);
3. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

1. Der äußere Akt der Handlung — Requisit der Einheit derselben.

Der Akt der Handlung muß ein einiger sein, er darf nicht gespalten, d. i. stückweise zu verschiedenen Zeiten vorgenommen werden. Aber wer wird, kann man fragen, auch wohl auf die Idee kommen, eine Handlung, die er in einem Moment vornehmen kann, zu teilen, den Anfang eines Satzes jetzt, das Ende nach einer Stunde auszusprechen? Gewiß! bei Rechtsgeschäften, welche in einem bloß momentanen Handeln einer einzigen Person bestehen, braucht die Einheit des Akts nicht erst vorgeschrieben zu werden, sie macht sich faktisch ganz von selbst, es fehlt an jeder Versuchung zum Gegenteil. Ganz anders aber bei Rechtsgeschäften, welche, wie das mündliche Testament, regelmäßig eine längere Dauer in Anspruch nehmen, oder welche, wie die Verträge, ein Handeln mehrerer Personen erfordern. Bei ihnen hat das Recht, wenn es einmal die Einheit des Akts beachtet

wissen will, allen Grund, sie ausdrücklich zu fordern. Unsere Quellen erwähnen dieses Requisit zwar nur für das Testament, die Stipulation und die tutoris auctoritas,[184]) allein es unterliegt für mich nicht dem geringsten Zweifel, daß dasselbe für sämtliche Geschäfte des älteren Rechts gegolten hat. Für die mancipatio (und mithin auch das nexum) und die in jure cessio erblicke ich eine indirekte Bestätigung desselben in dem Erfordernis der Gegenwart der Parteien. Für das Obligationenrecht hängt die Richtigkeit dieser Behauptung von dem an späterer Stelle zu erbringenden Beweise ab, daß die formlosen Verträge, bei denen der Satz bekanntlich nicht galt, ihre Klagbarkeit erst dem neuern Recht verdanken.

Mit dem nackten Aussprechen dieses Grundsatzes ist aber wenig gewonnen; einen wirklichen Wert kann er vielmehr nur dadurch gewinnen, daß wir uns seiner Konsequenzen, sowie der Bedingungen seiner praktischen Durchführbarkeit bewußt werden, und das erreichen wir am ersten, wenn wir des Gegensatzes wegen einen Blick auf das spätere Recht werfen.

Bei allen Rechtsgeschäften, welche ein Handeln mehrerer Personen erfordern, ist die Einheit des Akts bedingt durch die Anwesenheit derselben an demselben Ort — Einheit des Akts oder der Zeit setzt Einheit des Raums voraus, Trennung im Raum bedeutet getrenntes Handeln. Will das Recht den Grundsatz der Einheit des Akts, so muß es zugleich den der Einheit des Raums aufstellen. Letzteres ist aber nur da durchführbar, wo der Raum, auf dem der Verkehr sich bewegt, ein so engbegrenzter ist, daß die Kontrahenten ohne beträchtlichen Zeitverlust und große Unbequemlichkeiten sich jederzeit zueinander verfügen können; in demselben Maße, in dem der Verkehr sich geographisch ausdehnt, wird die Aufrechthaltung jenes Grundsatzes schwieriger und schließlich völlig

184) Für das Testament: L. 21 § 3 qui test. (28. 1): uno contextu actus, für die Stipulation: L. 137 pr. de. V. O. (45. 1) continuus actus (III 555), für die tutoris auctoritas § 2 I. de auct. tut. (1. 21) statim in ipso negotio.

unmöglich — Boten, Telegramme, Briefe treten an die Stelle des persönlichen Erscheinens. So stellt sich also der Grundsatz der Einheit der Zeit und des Raums dar als wesentlich bedingt durch den geographischen Umfang der Handels- und Verkehrsbewegung, und es wird jetzt nicht minder begreiflich erscheinen, daß das ältere Rom bei seinem kleinen Stadtgebiet jenen Grundsatz aufstellen und durchführen konnte, als daß das spätere Rom sich von ihm lossagen mußte. Das alte Rechtsgeschäft und das alte Staatsgebiet standen in engster Beziehung; als letzteres sich mehr und mehr erweiterte, mußte das Rechtsgeschäft diesem Vorgange folgen, es hatte in seiner Weise sich ebenso von der Schranke des Raums frei zu machen, wie dies der Handel in der seinigen getan hatte. Die althergebrachten Geschäfte des Zivilrechts waren aber bereits zu sehr erstarrt, um dementsprechend ihre ganze Struktur ändern zu können; was ihnen abgerungen wurde, bestand nur in einzelnen Konzessionen, die ich, weil sie durch ihren Gegensatz das alte Recht zu erläutern vermögen, schon an dieser Stelle mitteilen will.

Eine prinzipielle Anerkennung hingegen fand jene Forderung bei den Verträgen des jus gentium, die uns ja das eigentliche Handelsrecht des römischen internationalen Verkehrs darstellen, und es gehört zu ihrer Signatur im Gegensatz zu denen des eigentlichen jus civile, daß sie den Gedanken der Emanzipation vom Raum verwirklicht haben. Ihre Betrachtung liegt jenseits der Grenzen unserer Aufgabe, da ihre Entwicklung zu selbständigen, der Stipulation zu ihrer Klagbarkeit nicht mehr bedürftigen Kontrakten der dritten Periode anheimfällt; wir beschränken uns daher im folgenden auf die Geschäfte des eigentlichen Zivilrechts.

Wenn mehrere Miteigentümer eine Prädialservitut erwerben oder bestellen wollen, so müssen sie dies nach älterem Recht gemeinsam mittelst eines Akts tun; nach neuerm können sie einzeln handeln.[185]) Wenn mehrere Legatare gemeinschaftlich ein Wahl-

185) L. 11 de S. P. R. (8. 3), L. 18. Comm. praed. (8. 4); über das folgende Beispiel im Text s. L. 8 § 2 de opt. leg. (33. 5). Sämtliche

recht auszuüben haben, so verstattet das neuere Recht jedem die abgesonderte Vornahme; daß das ältere sich dazu nicht verstanden haben kann, bedarf nicht der Bemerkung. Die Korrealobligation begründet zwischen den verschiedenen Teilnehmern ein und dasselbe Obligationsverhältnis, konsequenterweise erforderte daher die alte Jurisprudenz Begründung desselben durch einen einzigen Akt,[186]) das neuere Recht hingegen verstattet getrenntes Handeln. Das ältere Recht verlangt, daß die Testamentszeugen gleichzeitig fungieren, das prätorische verstattet die Vornahme des einzigen Akts, von dem es die Bonor. poss. secundum tabulas abhängig macht (Versiegeln), für jeden abgesondert.[186a]) Der Tutor eines Unmündigen muß seine auctoritas sofort erteilen, also gegenwärtig sein, der Kurator eines Minderjährigen kann seine Einwilligung vorher oder nachher erklären, also abwesend sein — eine Verschiedenheit, deren Grund ich nicht in der verschiedenen Auffassung des Wesens

---

Einzelakte bleiben aber so lange suspendiert, bis der letzte noch fehlende hinzugekommen ist; über die dabei nach neuerm Recht eintretende Gebundenheit der einzelnen Teilnehmer des Akts s. meine Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 466—468.

186) So mit Bezugnahme auf pr. I. de duob. reis (3. 16) und L. 12 pr. D. ibid. (45. 2): Ribbentrop Korrealobl. S. 112 (das neuere Recht S. 114 daſ.) und Schrader ad § 3 I. de fidejuss. (3. 20), welcher noch auf Plautus Trinummus V. 2, 39 verweist. Wurde von den mehreren Promittenten zuerst der eine, dann der andere mit den Worten: idem spondes? gefragt, so war dieser nur sponsor, also nur akzessorisch verpflichtet. Salpius, Novation und Delegation S. 169.

186a) Das Edikt verlangt bloß sieben Siegel, wohl bemerkt nicht die Siegel der Testamentszeugen. Daher werden testes und obsignatores unterschieden, z. B. Cic. ad Att. XVI. 16, und es wurden viel mehr als sieben Personen zum Siegeln zugezogen. Cic. ad Att. VII. 2 § 3, Sueton. Tiberius c. 76, ja der Testator selber drückte sein eigenes Siegel auf, Cic. Ep. ad Quint. III. 9; jedes weitere Siegel auf dem Faden, welcher das Testament verschloß, erschwerte die Fälschung der Siegel und damit die Möglichkeit der unbemerkten Öffnung des Testaments. Ebensowenig verlangt das Edikt das gleichzeitige Versiegeln, arg. § 3 Inst. de test. (2. 10); der Vorfall bei Plinius Epist. II. 20 § 10 ist sicherlich nicht in Gegenwart mehrerer Personen vorgekommen.

der tutoris auctoritas und des consensus curatoris, sondern lediglich darin erblicke, daß erstere dem älteren, letztere dem neueren Recht angehört.

Der Grundsatz der Einheit der Handlung erlitt meiner Ansicht nach noch eine andere Anwendung, die unserer heutigen Vorstellung ziemlich fern liegt. Sie bestand darin, daß alle Nachträge zum Rechtsgeschäft ausgeschlossen waren. Der alten Jurisprudenz erschienen diese Nebenschößlinge des Rechtsgeschäfts als etwas nicht zu Duldendes, sie verlangte, daß alles, was mit dem Rechtsgeschäft gelten solle, auch mit ihm entstanden sein müsse. Die Wirksamkeit des alten Rechtsgeschäfts beschränkte sich darauf, ein Rechtsverhältnis zu begründen oder aufzuheben, es hat nicht die Macht es zu modifizieren. Wer letzteres beabsichtigte, mußte dies in der Weise bewerkstelligen, daß er das Verhältnis in der von ihm beabsichtigten Gestalt neu begründete,[187] die alte Jurisprudenz duldete kein Flicken. Wie die lebenden Wesen den Körper, den sie bei der Geburt mit auf die Welt bringen, bis an ihr Ende beibehalten, so auch die Rechtsverhältnisse.

Daß darin eine Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Handlung liegt, wird keines Nachweises bedürfen. Jeder Nachtrag enthält ein vergessenes Stück Handeln, die Totalität des Handelns, die sich sonst in dem einen Akt des Rechtsgeschäfts konzentriert, zersplittert und zerstreut sich, wenn man Nachträge zuläßt, in einzelne Akte und Zeitmomente, dieses Stück des Rechtsverhältnisses entsteht in diesem, jenes in jenem Moment — die Einheit der Zeit ist preisgegeben.

Auch nach dieser Richtung hin hat die neuere Jurisprudenz sich bis zu einem gewissen Grade von dem Grundsatz der Einheit der Handlung losgesagt, wie folgende Fälle zeigen werden.

---

187) So beim Testament: L. 21 § 1 Qui test. (28. 1) Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Ebenso bei der Obligation durch Novation; eine Modifikation der Obligation durch Zusätze, wie sie später das prätorische Edikt in Form des constitutum zuließ, war dem ältern Recht fremd.

Nach älterm Recht mußte der Testator des unbedeutendsten Nachtrages wegen das ganze Testament von neuem machen, das neuere überhebt ihn dieser Mühe, indem es ihm zu dem Zweck die Form des Fideikommisses und Kodizills zur Verfügung stellt. Der Fortschritt, den die Idee des Kodizills für die Geschichte des römischen Erbrechts bezeichnet, besteht nicht in der Einführung der Formlosigkeit — das war im Gegenteil eine Verschlechterung, und das spätere Recht ist mit gutem Grunde zur Form zurückgekehrt —, sondern in der teilweisen Losreißung von dem Grundsatz der Konzentrierung des letzten Willens zu einem Akt (S. 148), kurz in der Ermöglichung eines Singulargeschäfts auf dem Gebiet des Erbrechts.

Nach Abschluß des Vertrages werden die Parteien noch über einige Abänderungen einig; welche Kraft haben dieselben? Nach älterm Recht gar keine, denn wenn einmal die Worte der Stipulation gesprochen sind, so ist letztere für immer fixiert, und es hätte, um jene Bestimmungen nachzutragen, eines neuen Stipulationsaktes bedurft.[187a]) Nach neuerm dagegen muß man unterscheiden, ob sie sofort, d. h. im unmittelbaren Anschluß an den Akt, oder ob sie erst später getroffen sind. Im ersten Fall fügen sie sich noch als integrierende Bestandteile dem Rechtsgeschäft selber ein, und zwar sowohl bei den bonae fidei Kontrakten als bei der Stipulation,[188]) im letztern Fall haben sie eine positive (d. h. Klage erzeugende) Wirkung nur dann, wenn sie sich unter den Gesichtspunkt eines neuen Kontraktabschlusses bringen lassen, sonst, d. h. also in ihrer Gestalt als Zusätze, haben sie nur eine negative

---

187a) Eine solche Frage, wie die von Pomponius und Ulpian in L. 7 § 6 de pact. (2. 14): si igitur in totum (abiri ab emtione) potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? wäre im Munde eines alten Juristen undenkbar gewesen, sie impliziert eine gänzlich andere Auffassung vom Rechtsgeschäft.

188) Für jene L. 7 § 5 de pact. (2. 14) . . ex continenti, . . in ingressu contractus. L. 72 de cont. emt. (18. 1), für diese L. 40 de R. Cr. (12. 1).

(Exzeptions-) Wirkung.[189]) Zu dem Gedanken einer positiven Kraft des Nachtrages wollte selbst die spätere Jurisprudenz trotz ihrer sonstigen Freiheit von den Traditionen der alten Methode sich nicht verstehen — sicherlich nicht darum, weil derselbe ihrem juristischen Auffassungsvermögen als etwas Unmögliches erschienen wäre (wie etwa die Idee eines Nachzeugens), sondern weil sie eine solche Zersplitterung für praktisch bedenklich hielt. Den einzigen mir bekannten Ausnahmefall enthält die act. de pecunia constituta des prätorischen Edikts; die Ausnahme bestand aber nicht darin, daß das Konstitutum die ursprüngliche Schuld selbst modifiziert hätte — unter dieser Voraussetzung hätte es verstattet sein müssen, den Inhalt des Konstitutums mit der ursprünglichen Kontraktsklage geltend zu machen —, sondern darin, daß hier ein zu dem Hauptvertrag hinzukommender akzessorischer Vertrag als selbständiger Verpflichtungsgrund anerkannt ward. Das Konstitutum bietet uns demnach ein Seitenstück zu dem Kodizill; beide überheben den Urheber des Rechtsgeschäfts der Notwendigkeit, eines einzelnen späteren Zusatzes wegen das ganze Geschäft von neuem vorzunehmen.

Zwei Rechtsgeschäfte scheint aber das ältere Recht gekannt zu haben, welche unserm Prinzip der Einheit des Akts spotteten: die Emanzipation und Adoption. Beide erforderten nämlich statt eines einzigen Aktes bei Söhnen sechs oder sieben, bei Töchtern und Enkeln zwei Akte, und diese einzelnen Akte konnten wiederum durch einen längeren Zwischenraum getrennt sein (III 532). In der Tat handelte es sich aber bei ihnen nicht um ein in mehrere Stücke zerfallendes einiges Rechtsgeschäft, sondern um einen

189) L. 72 cit. L. 7 § 6 de pact., L. 14 Cod. ibid. (2. 3), L. 44 § 2 de O. et A. (44. 7). Die Exzeptionsform zeigt, daß der Zusatz kein Stück des ursprünglichen Vertrages wird, ihm vielmehr als etwas Selbständiges äußerlich gegenübertritt. Auch wenn die ältere Jurisprudenz die Form der Exzeption gekannt hätte, würde sie doch des obigen Grundsatzes wegen solchen spätern Verträgen, welche die ursprüngliche Obligation nicht völlig aufheben, sondern bloß modifizieren sollten, die Exzeptionswirkung abgesprochen haben.

Komplex einzelner selbständiger Rechtsgeschäfte; jedes derselben erzeugte sofort seine bestimmte Wirkung; wenn inzwischen die Handelnden andern Sinnes wurden, konnten sie abbrechen, wo sie wollten, das Kind in der väterlichen Gewalt oder im Manzipium lassen, sowie bei abermaliger Willensänderung die Sache aufnehmen, wo dieselbe zuletzt stehen geblieben war — ein Verfahren, das bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft, z. B. dem Testament, schlechterdings undenkbar war.

So galt denn der Grundsatz der Einheit der Handlung für das ältere Recht ganz ausnahmslos — ein zerstückeltes Handeln, es bestehe darin, daß mehrere Personen, die gemeinsam ein Verhältnis zu errichten haben, abgesondert die einzelnen Akte vornehmen, oder darin, daß die Handelnden dem Rechtsgeschäft spätere Zusätze hinzufügen — ein solches Handeln hatte für das ältere Recht gar keine Wirkung.

2. Die Erfordernisse der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts — Präsenz des Tatbestandes.

Zu dem Akt der Handlung gesellen sich noch verschiedene Erfordernisse hinzu, welche teils die persönliche Fähigkeit des Handelnden, teils den Gegenstand und den Inhalt des Rechtsgeschäfts, teils gewisse durch den Zweck desselben gebotene Voraussetzungen betreffen. In welchem Moment müssen dieselben vorhanden sein? Darauf erteilt das ältere Recht die Antwort: im Moment der Handlung, und man möchte glauben, daß eine andere Antwort kaum möglich sei, denn wie kann das Dasein jener Voraussetzungen in einem früheren oder späteren Moment ihren Mangel in demjenigen Moment, wo sie alle zusammentreffen müssen, um die an sie geknüpfte Wirkung hervorzurufen, im Moment der Handlung ersetzen? Was nützt es dem Jäger, der im Moment, wo er schießen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, daß er früher Pulver gehabt hat oder es später bekommen wird?

Schwerlich werde ich nötig haben, den Schein logischer Not-

wendigkeit, den dieser Vergleich eines juristischen Vorganges mit einem natürlichen hervorrufen mag, zu zerstören, und schwerlich ist es eine solche falsche naturhistorische Anschauung, sondern sicherlich sind es praktische Gründe gewesen, und zwar dieselben, die wir bereits bei dem Grundsatz der Einheit der Handlung hervorgehoben haben, welche die alte Jurisprudenz bestimmten, das obige Erfordernis aufzustellen. War dieselbe aber wirklich von dem Vorurteil beseelt, als ob sich ein Handeln nicht anders als in jener Weise *denken* lasse, so ist wenigstens die spätere Jurisprudenz durch den Fortschritt des Verkehrs und den Drang der Verhältnisse gezwungen worden, sich des Vorurteils zu entschlagen und sich bewußt zu werden, daß ein Handeln in Erwartung und unter Voraussetzung des künftigen Eintritts seiner Erfordernisse, oder kurz ausgedrückt: ein *antizipiertes* Handeln durchaus nichts Widersinniges hat. Man vergleiche einmal das spätere Pfandrecht. Die bis an die äußerste Grenze der Möglichkeit getriebene Ausnutzung des Realkredits im spätern römischen Verkehr und die damit gleichen Schritt haltende technische Toleranz der römischen Jurisprudenz verstieg sich bis zu dem Punkt, daß man den *Akt* der Verpfändung vornehmen konnte zu einer Zeit, wo noch alle und jede Voraussetzungen zum Pfandrecht fehlten: die Forderung, der Gegenstand, das Eigentum des Verpfänders — ein nackter, abstrakter Akt, ein Beutel ohne Inhalt, ein Rechtsgeschäft „in blanco“!

Vergleicht man den Entstehungsprozeß eines solchen erst nach seiner formellen Vornahme sich inhaltlich ergänzenden und füllenden Rechtsgeschäfts mit dem eines von Anfang an in sich fertigen, so besteht die Verschiedenheit darin, daß dieser Entstehungsprozeß sich bei jenem über einen ganzen *Zeitraum* hinzieht, bei diesem hingegen in einen einzelnen *Zeitpunkt* fällt, daß dort die einzelnen Erfordernisse *hintereinander*, hier *nebeneinander* auftreten — ein Gegensatz, den wir passend als *sukzessive* und *simultane Entstehungsweise der Rechtsgeschäfte* bezeichnen können.

Es liegt auf der Hand, daß derselbe von eingreifender Bedeutung ist. Verstattet man einmal die Antizipation des Rechtsgeschäfts, so drängt die Konsequenz mit Notwendigkeit auch zur Zulassung der Ratihabition und Konvaleszenz desselben. Denn wenn einmal das Gesetz der Gleichzeitigkeit in der Richtung aufgegeben ist, daß der konstitutive Wille, der sich in der Handlung ausspricht, dem sonstigen Tatbestand des Rechtsgeschäfts voraneilen kann (Antizipation), warum sollte er ihm nicht umgekehrt auch nachfolgen können (Ratihabition), und wenn das Rechtsgeschäft durch ausdrückliche Willenserklärung ergänzt werden kann, was läßt sich gegen die Idee einwenden, daß es auch ohne solche Erklärung durch bloßes objektives Eintreten seines Tatbestandes nachreifen könne (Konvaleszenz)? Alle diese drei Begriffe sind aufs engste miteinander verwandt; sie beruhen sämtlich auf dem Gedanken der sukzessiven Entstehungsweise.

Solche langgestreckte Rechtsgeschäfte, wie sie bei dieser Entstehungsweise zutage treten, wären dem älteren Recht sicherlich als ziviliſtische Mißgeburten erschienen. Der Typus des Rechtsgeschäfts der alten Zeit ist ein völlig anderer. Dasselbe hat ein bloß punktuelles Dasein, die Minute oder Sekunde, in die seine Vornahme fällt, entscheidet bei ihm über Sein und Nichtsein; von der Zeit hat es nichts zu hoffen und nichts zu fürchten; was ihm fehlt, kann die Zukunft ihm nicht geben, was es einmal hat, ihm nicht entziehen, es ist von vornherein fertig, fest und unabänderlich. Nur zwei Ausnahmen läßt das ältere Recht zu: das Testament und die bedingte Obligation (s. u.); beide erwarten die Entscheidung über ihre Existenz erst von der Zukunft, befinden sich also bis dahin im Zustande objektiver Unentschiedenheit, des Werdens (der Pendenz). Wir wenden uns zunächst der Regel zu.

Sie wird in unsern Quellen in einer doppelten Fassung anerkannt, in der positiven: über die Existenz des Rechtsgeschäfts

entscheide die Zeit des Abschlusses,[191]) in der negativen: was von Anfang an ungültig sei, könne durch spätere Ereignisse nicht zu Kräften kommen.[192]) Außer diesen allgemeinen Aussprüchen enthalten unsere Quellen noch eine Reihe einzelner Anwendungsfälle, welche der folgenden Darstellung als Grundlage dienen.

Die erste Voraussetzung der Gültigkeit einer jeden Handlung ist die persönliche Fähigkeit der handelnden Personen, und an diesem Requisit hält noch das neuere Recht so streng fest, daß es die Umgehung desselben, sei es in Form der Antizipation, sei es in der der Ratihabition oder der Konvaleszenz, fast ausnahmslos verwirft.[193]) Eine eigentümliche Gestalt nahm dieses Erfordernis beim Testament an, insofern es nämlich nicht auf die dabei tätigen Personen, den Testator und die Zeugen, beschränkt, sondern auch auf die honorierten Personen, gleich als ob dieselben dabei ebenfalls wenigstens geistig in Tätigkeit träten, erweitert ward. Eine Konsequenz davon war, daß sie selbst nicht auf den Fall der künftigen Fähigkeit bedacht werden konnten — ein Gesichtspunkt, aus dem sich auch die ursprüngliche Unzulässigkeit der Einsetzung von postumi erklärt.[194])

Die persönliche Fähigkeit, sowohl die Rechts- als Handlungs-

---

191) Für die Stipulation: L. 26 de stip. serv. (45. 3): exp raesenti vires accipit. L. 78 pr. de V. O. (45. 1): id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 83 § 5 L. 137 § 6 ibid., L. 144 § 1 de R. J. (50. 17); für Vermächtnisse: die regula Catoniana L. 1 pr. de reg. cat. (34. 7), L. 41 § 2 de leg. I. (30), neueres Recht: L. 5 ibid. reg. caton. ad novas leges non pertinet; für letztwillige Bestimmungen überhaupt L. 201 de R. J. (50. 17) .. si initium sine vitio ceperint.

192) L. 210 de R. J. (50. 17) .. ex postfacto convalescere non potest. L. 41 § 2 de leg. I. (30).

193) Wo der Schein des Gegenteils besteht, verbirgt sich regelmäßig unter dem Gewand der Konvaleszenz oder Ratihabition eine neue, formlose Wiederholung des Rechtsgeschäfts, s. z. B. L. 1 § 1 de leg. III. (32), L. 65 § 1 de R. N. (23. 2), jedoch L. 7 § 18 de pact. (2. 14).

194) Neueres Recht: Einsetzung der postumi und unfähiger Personen auf den Fall der Fähigkeit L. 62 pr. de her. inst. (28. 5), L. 51 pr. de leg. II. (31).

fähigkeit, braucht nur im Moment der Handlung vorhanden zu sein,[195]) der spätere Wegfall derselben ist für das Rechtsgeschäft, welches als Akt keine Dauer hat, völlig gleichgültig; inwieweit das Rechtsverhältnis dadurch betroffen werden kann, gehört nicht hierher. Daß und warum bei pendenten Rechtsgeschäften die Fortdauer der persönlichen Rechtsfähigkeit erforderlich ist, kann erst unten entwickelt werden.

Die zweite Voraussetzung des Rechtsgeschäfts ist die juristische Möglichkeit seines Inhalts. Die neuere Jurisprudenz läßt in manchen Fällen Verträge auf den Fall der künftigen Möglichkeit zu,[196]) von der ältern haben wir kein Beispiel.

Die dritte Voraussetzung ist das Vorhandensein der konkreten Verhältnisse, durch welche die Wirksamkeit der Disposition bedingt ist, z. B. des Eigentums, wenn es sich um eine Verfügung handelt, die nur der Eigentümer mit Erfolg treffen kann, der Delation des Erbrechts, wenn die Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen werden soll. Gerade nach dieser Seite hin hat das neuere Recht sich weit von den Traditionen der alten Theorie entfernt, wie die folgende Darstellung zeigen wird.

„Was man selber nicht hat, kann man auch nicht auf einen andern übertragen" — folglich, fügt das ältere Recht hinzu, auch nicht vorher, bevor man es hat; das neuere setzt sich über diese vermeintliche Konsequenz hinweg.[197])

„Was man nicht hat, kann man nicht aufgeben" — folglich, sagt das ältere Recht, auch keine Erbschaft ausschlagen,

---

195) L. 2 qui test. (28. 1) . . ejus temporis, quo testamentum facit.

196) z. B. L. 61 de cont. emt. (18. 1), L. 31 L. 98 de V. O. (45. 1), L. 41 § 2 de leg. I. (30), L. 98 de cond. (35. 1), s. jedoch L. 34 § 2 de cont. emt. (18. 1), L. 83 § 5 de V. O. (45. 1).

197) L. 4 § 6 de off. proc. (1. 16) . . est enim perquam absurdum, antequam ipse jurisdictionem nanciscatur . . . alii eam mandare, quam non habet, gleichwohl läßt der Jurist die eventuelle Übertragung der Jurisdiktion zu. Andere Beispiele: die Verpfändung zukünftiger Sachen, die Zession betagter (L. 43 Mand. 17. 1) und bedingter (L. 73 § 1 ad leg. Falc. 35. 2) Forderungen.

bevor sie deferiert ist[198]) — ein Satz, an dem auch noch das neuere römische Recht festgehalten hat, der aber heutzutage seit Aufkommen der Erbverzichte ebenfalls nicht mehr gilt.

„Was einem nicht angeboten, kann man auch nicht annehmen" — folglich, sagt das ältere Recht, keine Erbschaft, bevor sie deferiert ist. Das neuere Recht setzt sich bei der Bonorum possessio darüber hinweg, indem es eine Agnoszierung derselben schon vorher verstattet (intra alienam vicem), bevor der Betreffende berufen ist.

Dispositionen, welche zu ihrer Wirksamkeit das Eigentum voraussetzen, z. B. die Freilassung des Sklaven,[199]) das Vindikationslegat,[200]) erfordern nach älterem Recht das Dasein desselben im Moment ihrer Vornahme. Ganz dasselbe wird auch für die Obligation gegolten haben, wo ihr Dasein die Voraussetzung, eines andern Rechtsgeschäfts bildete, wie dies z. B. bei der Novation, der Bürgschaft der Fall war. Ganz anders das neuere Recht, dasselbe verstattet anstandslos die Novation, Delegation, Akzeptilation einer bedingten und die Verbürgung für eine zukünftige Schuld.[201])

An letzterer würde das alte Recht ganz besonders Anstoß genommen haben,[202]) denn es erblickt in der Bürgschaft ein Akzesso-

198) L. 18 de acq. her. (29. 2): Is potest repudiare, qui et acquirere potest. In allgemeiner Fassung: L. 174 § 1 de R. J. (50. 17): quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.

199) L. 20 qui man. (40. 9); Konvaleszenz nach neuerm Recht in dem Fall der L. 20 § 1 de cond. inst. (28. 7).

200) Bei fungiblen Sachen genügte das Eigentum im Moment des Todes, bei nicht fungiblen mußte es außerdem im Moment der Testamentserrichtung vorhanden sein. Gaj. II. 196.

201) Novation L. 8 § 1 de novat. (46. 2), s. jedoch L. 41 de cond. (35. 1), Delegation L. 8 § 2 de nov. (46. 2), Akzeptilation L. 12 de acc. (46. 4), Bürgschaft in Form der fidejussio § 3 I. de fidej. (3. 20), L. 6 § 2 de fidej. (46. 1), Konstitutum L. 19 pr. de pec. const. (13. 5).

202) Daß eine Verbürgung für eine zukünftige Schuld in Form der sponsio und fidepromissio nicht möglich gewesen, nimmt auch Schrader ad § 3 I. cit. an.

rium der Hauptschuld;[202a]) daß aber das Akzessorium der Hauptsache vorangehen sollte, erschien dem ältern Recht als etwas Widersinniges.[203])

Das vierte Erfordernis eines jeden Rechtsgeschäfts ist die Angabe des konkreten Willensinhalts, also die des Gegenstandes, der Summe, des Rechts, der gegenüberstehenden Person. Daß auch diese Momente ins Ungewisse gestellt werden können, lehrt das spätere und (rücksichtlich der Personen) das heutige Recht. Der Testator legiert „so viel, als der Legatar den Gesetzen nach von der Masse bekommen kann",[204]) der Promittent verspricht „so viel, als das Urteil erkennen oder als ein anderer schuldig werden werde".[205]) Der Arrogator eines Unmündigen verheißt dessen Nachlaß, im Fall derselbe während der Unmündigkeit versterben sollte, „denen welchen er gebührt",[206]) der Auslobende heutzutage den Lohn „dem, der die Leistung vornimmt", der Wechsel wird indossiert ohne Angabe des Indossatars (in blanco) — kurz dieser Gedanke der Erstreckung des Rechtsgeschäfts auf unbestimmte Verhältnisse und Personen hat im spätern römischen und im heutigen Recht eine sehr weite Ausdehnung erhalten. Daß das ältere Recht ihm keinen Zutritt gewähren konnte und gewährt hat, braucht nicht erst gesagt zu werden.[207]) Es war ein Gedanke, dem die Jurisprudenz ohne

---

202a) Gaj. III. 119 „accedere".

203) Einen Beleg gewährt der Satz, daß der testierende Vater das Pupillartestament nach dem seinigen errichten muß; dieses ist das „principale", jenes die „sequela", die secundae tabulae L. 2 § 2 de vulg. subst. (28. 6), § 5 I. ibid. (2. 16), der Testator darf aber nicht „convertere ordinem scripturae" L. 2 § 4 L. cit. S. auch III. 621.

204) L. 51 pr. de leg. II. (31).

205) L. 9 Jud. solv. (46. 7), L. 55 de fidej. (46. 1). L. 89 de V. O. (45. 1), L. 8 § 2 de novat. (46. 2).

206) Über den Kunstgriff, den die Juristen dabei anwendeten, nämlich die Vertretung der künftigen Interessenten durch den servus publicus, s. § 56.

207) Beispiele der entgegengesetzten Behandlungsweise: L. 20 pr. de test. tut. (26. 2), L. 6 § 1 quod cuj. (3. 4) cf. L. 3 de proc. (3. 3). Daß der cognitor ursprünglich unbestimmt und generell hätte ernannt werden können (Keller, Zivilpr. § 52), halte ich für völlig unmöglich.

die größte Gefahr für die Ordnung und Festigkeit des Rechts sich erst hingeben durfte, als sie, im sichern Besitz der technischen Meisterschaft, der engen Formen und strengen Regeln entraten konnte, durch welche die ältere sich die technische Beherrschung des Rechts hatte ermöglichen müssen. Daß jene völlig elastische, nach allen Seiten hin offene Struktur des Rechtsgeschäfts eine große Gefahr in sich schließt, wer könnte sich das verhehlen? Von der höchsten Freiheit bis zur Ungebundenheit und Anarchie ist auch nur ein Schritt, und es war ein richtiges Gefühl, welches die alte Jurisprudenz leitete, hier, wie so oft, der Sicherheit des Rechts vor der Bequemlichkeit den Vorzug zu geben.

War jene zu teuer erkauft? Verkümmerten die knappen Formen, in die man das Rechtsgeschäft wies, dem Verkehr das nötige Maß der freien Bewegung? Die folgende Betrachtung soll darauf die Antwort erteilen.

Kein Verkehr, und wäre er noch so wenig entwickelt, vermag sich ausschließlich auf die Verhältnisse der Gegenwart zu beschränken; schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die Zukunft, und das Recht muß ihm die Möglichkeit gewähren, sich die Zukunft zu sichern. Wer könnte, wenn er für das von ihm zu bauende Haus einer Servitut bedarf, warten, bis dasselbe gebaut ist, oder wenn er über ein halbes Jahr eine Wohnung nötig hat, bis dahin den Mietkontrakt aufschieben? Daraus ergibt sich für den Rechtsverkehr die Notwendigkeit des dies ex quo. Allein der dies reicht nicht aus. Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit oft noch von zukünftigen ungewissen Tatsachen ab; dürfte man sie nur schlechthin treffen, so müßte man sich in manchen Fällen ihrer gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfnis der Bedingung. Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen praktischen Abschluß, indem sie das Mittel gewährt, Kombinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloß Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis der ge-

schäftlichen Operationen zu ziehen — sie befreit den Verkehr von der Schranke der Gegenwart, indem sie es der Partei ermöglicht, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu mach en.[208])

Für den Verkehr unter Lebenden verweist das ältere Recht jenen Gedanken der freien Disposition über die Zukunft ausschließlich in die Form der bedingten und betagten Obligation, für das Testament realisiert es ihn teils durch den Grundsatz der freien Widerruflichkeit desselben, teils durch Zulassung des dies und der conditio.

Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit Ausnahme der Obligation sind auf die Gegenwart beschränkt; der zunächst für die Klagformen des alten Prozesses und die in jure cessio ausgesprochene Satz: daß sie sämtlich auf die Gegenwart lauten,[209]) gilt auch für die Formeln der Rechtsgeschäfte. Darin liegt die Ausschließung sowohl des dies als der conditio.

Von der Bedingung kennt das alte Recht nur eine Art: die

---

208) Die im Text entwickelte Bedeutung der Bedingung ist von den römischen Juristen mit gewohntem Takt vollkommen richtig erfaßt, indem sie das Moment des Zukünftigen in die Definition der Bedingung aufnehmen und als Kriterium der echten Bedingung den Zustand der objektiven Unentschiedenheit oder Pendenz, d. h. des Werdens bezeichnen; ein bedingtes Geschäft ist ihnen ein werdendes, aber ein solches, welches die gesetzlichen Bedingungen seines Werdens bereits vollständig in sich trägt und nur noch ein seinem abstrakten Tatbestand fremdes, aber für den konkreten Entschluß wesentliches Moment zu überwinden hat. Es gereicht unserer Jurisprudenz nicht zur Ehre, daß sie diesen so einfachen und doch so treffenden, tiefen und wahren Gesichtspunkt bisher so gänzlich übersehen konnte, während sie nicht müde ward, in echt scholastischer und meines Erachtens ebenso unergiebiger wie unerquicklicher Weise den logischen Mechanismus der Bedingung zu erörtern und mit ameisenartiger Geschäftigkeit das Detail der Lehre von den Bedingungen zu durchwühlen. Die obige Auffassung, in der meines Erachtens der ganze Zweck und damit das praktische Wesen der Bedingungen beschlossen liegt, ist neuerdings angenommen worden von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871 S. 4.

209) Vat. fr. § 49 nulla legis actio prodita est de futuro.

Suspensivbedingung; die Resolutivbedingung ist ganz jungen Datums.[210]) Wenn es jene ausschließlich auf die Obligation beschränkt,[211]) den Verkehr also überall, wo der Entschluß zu irgend einem Geschäft noch von zukünftigen Umständen abhängt, auf die indirekte Antizipierung desselben in Form des bedingten Versprechens verweist, so dürfen wir diesem Gedanken den Ausdruck geben: das ältere Recht proklamiert für alle Geschäfte den Grundsatz der Reife. Wie sie im Moment ihrer Vornahme reif sein sollen rücksichtlich des Tatbestandes, so auch rücksichtlich des Entschlusses; wo zu letzterem etwas fehlt, soll man mit der Vornahme des Geschäfts noch warten und sich vorläufig mit der Form, die das Recht für diesen Zweck in Bereitschaft hält, der Obligation, begnügen.

Für gewisse Geschäfte ist aber auch der Gebrauch dieses Mittels ausgeschlossen, sie dulden also weder die direkte noch die indirekte Antizipation, insbesondere die des Familienrechts. Zur Eingehung einer Ehe soll man nach römischer Auffassung sich

---

210) Sie verstößt nämlich gegen den Grundsatz der Einfachheit des Rechtsgeschäfts (S. 134), denn in ihrer ursprünglichen Gestalt war sie nichts als eine dem Hauptgeschäft hinzugefügte, auf Rückgabe gerichtete Nebenobligation unter einer Suspensivbedingung, ihre Betrachtung fällt daher dem dritten System anheim. — Dieser Gedanke ist seit Erscheinen der ersten Auflage von mir des weitern ausgeführt in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 527 flg.

211) Die Vat. fr. § 329 erwähnen als Fälle der Unzulässigkeit der Hinzufügung einer Bedingung: die Bestellung eines cognitor, die mancipatio, acceptilatio (L. 4 de accept. 46. 4) und expensilatio; zu ihnen fügt L. 77 de R. J. (50. 17) hinzu: die hereditatis aditio, servi optio und datio tutoris (L. 6 § 1 de tut. 26. 1) und L. 8 de auct. (26. 8) die tutoris auctoritas. Über die in jure cessio s. Note 208; die manumissio vindicta braucht nicht erst erwähnt zu werden. Wenn Adolf Schmidt (Bekker Jahrbuch III. S. 263) für die persönlichen Servituten die Zulässigkeit der Bestellung unter einer Bedingung nach jus civile behauptet, so enthalten die von ihm beigebrachten Stellen dafür keinen Beweis, sie sprechen teils nämlich bloß vom dies ad quem, teils von der deductio servitutis; daß von beiden ein Schluß auf den dies ex quo und die Bedingung beziehungsweise die in jure cessio nicht statthaft ist, zeigt der Vergleich von Vat. fr. § 49 u. 50.

nicht im voraus verpflichten (die Sponsalien sind rechtlich unverbindlich), ebensowenig zur Aufhebung derselben. Dasselbe gilt von der Emanzipation, Adoption und Arrogation. Alle diese Akte haben nach Ansicht des Rechts nur Wert, wenn sie im Moment ihrer Vornahme frei gewollt werden. Ganz dasselbe nimmt das römische Recht auch für die beiden erbrechtlichen Akte, die Errichtung des Testaments und die Antretung der Erbschaft (II. 226) an, und es beschränkt sich demnach die Möglichkeit der Benutzung der Obligation (mit und ohne Zusatz von dies und conditio) als eines Sicherungsmittels der demnächstigen Vornahme des Rechtsgeschäfts oder, um es mit einem Wort auszudrücken, der indirekten Antizipierung (obligatorischen Diskontierung) des Rechtsgeschäfts lediglich auf den vermögensrechtlichen Verkehr unter Lebenden.

Werfen wir jetzt die Frage auf, ob die alte Jurisprudenz damit das Richtige getroffen, so möchte es schwer sein, dies in Abrede zu stellen. Allerdings würde es für den Beteiligten ungleich vorteilhafter sein, wenn er sich das künftige Recht anstatt auf obligatorischem auf dinglichem Wege sichern könnte, d. h. mit der Wirkung, daß dasselbe mit Eintritt des Tages oder der Bedingung von selbst ihm zufiele. Und in der Tat hat das spätere römische Recht diesen Weg eingeschlagen, teils nämlich beim Eigentum durch Zulassung der bedingten Tradition — hier ankert das Verhältnis aber doch noch mit dem Erfordernis des gegenwärtigen Eigentums des Bestellers und dem äußern Akt der Besitzübertragung in dem festen Grunde der Gegenwart; teils durch Zulassung der Verpfändung zukünftiger Sachen —, hier treibt es, sozusagen ohne allen Halt und ohne feste Richtung auf hoher See umher. Diese letztere Form wäre der bloßen juristischen Idee nach die vollkommenste, aber vom ökonomischen, legislativ-politischen Standpunkte aus ruft sie die gewichtigsten Bedenken wach, und der Umstand, daß unsere modernen Hypothekengesetze mit Aufstellung des Grundsatzes der Spezialität sich zum großen Teil wiederum von ihr losgesagt haben, kann uns lehren, daß sie dem wirklichen In-

teresse des Verkehrs eher schädlich als förderlich ist. Durch die Idee der privatrechtlichen Autonomie ist sie keineswegs geboten. Wie ließe sich auch der Anspruch rechtfertigen bei Verhältnissen, die ganz auf die Zukunft gestellt sind, derselben Sicherheit teilhaftig zu werden, die das Recht für diejenigen von ihnen bietet, welche auf dem realen Grunde der Gegenwart ruhen, worauf ließe sich die Berechtigung gründen, statt der Person des Versprechenden die künftigen Verhältnisse, bevor sie noch existieren, in Banden zu schlagen? So kann ich also mein Gesamturteil nur dahin abgeben, daß die alte Jurisprudenz im wesentlichen das völlig Richtige traf, wenn sie die Dispositionen über künftige Verhältnisse in die Form der bedingten und betagten Obligation verwies.

Vom Standpunkt der Technik aus knüpft sich an die bedingte Obligation ein eigentümliches Interesse, nämlich das einer Erscheinung, zu der uns das alte Recht sonst kein Gegenstück darbietet, der *sukzessiven* Entstehung des Rechtsgeschäfts. Denn während die *betagte* Obligation *sofort* zur Existenz gelangt, indem der Tag nur ihre *Erfüllung* hinausschiebt (s. u.), befindet sich die bedingte bis zum Eintritt der Bedingung in dem Zustand des *Werdens*, der *Bildung* — ein Zustand, den das Recht (ich möchte fast sagen: ähnlich wie beim nasciturus!) durch das Verbot aller störenden Eingriffe in den ruhigen Verlauf des Entwicklungsprozesses in Schutz nimmt.[212]) Wie beim nasciturus von der Konzeption bis zur Geburt zieht sich hier der Entstehungsprozeß des Rechtsgeschäfts von dem Akt seiner Vornahme bis zum Eintritt der Bedingung hin, er füllt einen *Zeitraum*, keinen bloßen *Zeitpunkt*. Konsequenterweise verlangen daher die römischen Juristen, daß die Erfordernisse der *Möglichkeit* der Entstehung des Rechtsgeschäfts von Anfang bis zu Ende fortdauern müssen[213]) — ein Satz, zu dem uns sofort das Testament eine

212) Die bekannte Regel der L. 161 de R. J. (50. 17). Die weitere Ausführung dieses Gesichtspunkts in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 462 fl.

213) z. B. die Existenz der verkauften Sache; ihr Untergang hebt den

Parallele liefern wird. Daß der Entstehungsprozeß des Rechts mit Eintritt der Bedingung abgeschlossen ist, schließt zwar nach logischen Gesetzen die Datierung desselben von einem früheren Zeitpunkt aus, nicht aber die durch praktische Gründe erforderte Durchführung des Satzes, daß der Grund zu demselben durch das Rechtsgeschäft gelegt ist, und daß es sich schon vor seiner Entstehung im Zustand des Werdens befunden hat[215]) — etwas weiteres haben die Äußerungen und Entscheidungen der römischen Juristen, denen man den künstlichen Gesichtspunkt der sog. rückwirkenden Kraft der Bedingung entnommen hat, nicht zu bedeuten.[216])

Dasselbe Bedürfnis, das die Obligationen im Verein mit dem dies und der conditio für Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu befriedigen bestimmt sind, wiederholt sich in verstärktem Maße für die letztwilligen Dispositionen. Denn während jene Geschäfte sich gleichmäßig in der Gegenwart und Zukunft bewegen, ist das Gebiet der letzteren ausschließlich die Zukunft, die Zeit nach dem Tode des Testators. Eben darum ist das Testament stets und notwendig das, was die Obligation nur dadurch, daß sie die Be-

---

Vertrag auf, L. 8 pr. de peric. (18. 6). Dagegen ist die Willensänderung des Handelnden unschädlich, denn der Wille hat sich mit und in dem Moment des Rechtsgeschäfts erschöpft.

215) Man beachte z. B. folgende Fälle: 1) Die Bedingung tritt erst nach dem Tode des Promittenten oder Promissars ein — ohne jenen Gesichtspunkt hätte man nicht bloß die Entstehung der Obligation theoretisch beanstanden können (arg. L. un. Cod. Ut actiones [4. 11] . . ab heredibus non incipere actiones), sondern es hätte das Schuldverhältnis überhaupt nicht zur Erbmasse gehört. 2) Die Bedingung tritt erst ein, nachdem der Sohn oder Sklave, die sich bedingt haben versprechen lassen, von der Gewalt befreit sind: L. 18 de R. J. (50. 17), L. 78 pr. de V. O. (45. 1), L. 40 de stip. serv. (45. 3); ohne jenen Gesichtspunkt würden sie selber den Erwerb haben beanspruchen können, während man ihn doch zweifellos dem Vater oder Herrn zusprechen mußte. 3) Die Bedingung tritt erst ein, nachdem der Promittent oder Promissar aus dem Sozietätsverhältnis geschieden ist (L. 27 pro soc.) (17. 2); ohne jenen Gesichtspunkt wäre die Forderung bzw. die Schuld ihm persönlich zugefallen.

216) Meine Abh. S. 402, S. 528.

dingung aufnimmt, sein *kann*, ein schwebendes, unfertiges Geschäft. Um dem Testator völlig freie Herrschaft über die Zukunft zu sichern, ist dem Testament gerade diejenige Eigenschaft beigelegt, welche das Rechtsgeschäft unter Lebenden völlig aufheben würde, die absolute Widerruflichkeit. Gewährt *sie* dem Testator die Macht über das Stück Zukunft, das er selbst noch erlebt, so verschafft die Bedingung und der dies ihm die Macht über die Zeit nach seinem Tode. In welche Grenzen letztere eingeschlossen ist, hat für den vorliegenden Zweck kein Interesse.

Aus dem Zustande der Pendenz, in welchem sowohl das Testament im ganzen wie alle seine einzelnen Bestimmungen bis zu ihrer Realisierung sich befinden, folgt in gleicher Weise wie bei der Obligation, daß diejenigen Requisite, welche sich nicht mit dem Akt der Testamentserrichtung erschöpfen (Fähigkeit der zugezogenen Zeugen und Willensfähigkeit des Testators), sondern in dauernder Beziehung zu dem Zweck des Testaments stehen (testamenti factio des Testators und der eingesetzten Personen), auch nachher fortdauern müssen. Und zwar die des Testators unausgesetzt bis zu seinem Tode, denn das Testament repräsentiert nicht einen vorübergehenden Willens*akt* von ihm, sondern ein fortdauerndes *Wollen*, dieses Wollen aber hört auf, nicht bloß wenn dies in der gehörigen Form erklärt worden ist, sondern auch wenn der Testator die Fähigkeit *rechtlich* zu wollen (testamenti factio) eingebüßt hat.[217] Etwas anders wird die testamenti factio der honorierten Personen bestimmt, eben weil ihre Stellung zum Testament eine andere ist. Sie wird nämlich zuerst verlangt in dem Moment, wo der Testator beginnt in Beziehung zu ihnen zu treten, dem der Testamentserrichtung. Von da an aber hört ihre Beziehung zum Testament bis zum Moment der Delation auf, und folgeweise ist der vorübergehende Mangel der testamenti factio während dieser Zeit unschädlich.[218] Im Moment der De-

217) § 4. 6 I. quib. mod. (2. 17), L. 6 § 5 de inj. (28. 3).

218) L. (60) 59 § 4 de her. inst. (28. 5), § 4 I. de her. qual. (2. 19), L. 52 de leg. II. (31).

lation muß sie wieder da sein und natürlich bis zum Moment der Akquisition fortdauern.[219])

So hätten wir denn in den beiden bisher betrachteten Verhältnissen, der bedingten Obligation und dem Testament, zwei Fälle gefunden, in denen ausnahmsweise schon das ältere Recht ein Werden des Rechtsverhältnisses zuläßt, wo also der Richter die Frage von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht wie sonst einfach nach demjenigen Moment beurteilen konnte, in den seine Vornahme fiel, sondern zu dem Zweck den ganzen Zeitraum ins Auge fassen mußte, der sich über dessen Bildung hinzog. Wie wenig aber diese beiden Fälle geeignet sind, unsere Lehre von der Bedeutung des Zeitpunktes im älteren Rechte (der „punktualisierenden Methode" S. 24) zu erschüttern, dafür möge es mir noch verstattet sein, zwei Erscheinungen in Bezug zu nehmen, von denen die eine noch in das Gebiet des Rechtsgeschäfts hineinreicht, die andere aber wenigstens dasselbe streift. Wenn der Testator eine Capitis deminutio erleidet, späterhin aber die dadurch verlorene Rechtsstellung wiedererlangt, so bleibt das Testament gleichwohl nach Zivilrecht ungültig (irritum); ebenso wenn ihm ein Kind geboren wird, das im Testament nicht berücksichtigt war, aber vor ihm stirbt (ruptum). In beiden Fällen — und da zeigt sich wiederum der prinzipielle Gegensatz in der Methode und Auffassung — hält das prätorische Recht das Testament in Form der Bon. Poss. secundum tabulas aufrecht. Der Gegensatz beider Behandlungsweisen reduziert sich vom Standpunkt der Technik aus auf den von uns im bisherigen entwickelten. Das alte Zivilrecht beschränkt sich in der Würdigung jener Ereignisse lediglich auf den Moment ihres Eintritts, auf die Nachgeschichte derselben nimmt es keine weitere Rücksicht,[220]) das prätorische Recht dagegen verfolgt dieselben bis zum Moment des Todes. Das zweite Beispiel

219) § 4 I. cit.

220) Ulpian bezeichnet dies in L. 12 pr. de inj. (28. 3) als juris scrupulositas nimiaque subtilitas.

bietet die Usukapion. Das römische Recht erfordert die bona fides nur im Moment des Beginns derselben (in initio), das kanonische während der ganzen Dauer continua). Der Einfluß der Besitzunterbrechung erschöpft sich nach römischem Recht in und mit dem Moment, d. h. es ist gleichgültig, ob sie sofort wieder aufgehoben wird oder fortdauert, das französische Recht (III. 430 Note 592) knüpft den nachteiligen Einfluß dieses Usukapionshindernisses an seine Dauer.

3. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts — Grundsatz der Simultaneität ihres Eintritts mit Vornahme des Rechtsgeschäfts.

Wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, das Vorhandensein des Tatbestandes vorausgesetzt, so existiert es, und daß es existiert, äußert sich daran, daß es wirkt — ein Aufschub der Existenz des Rechtsgeschäfts nach seinem Abschluß enthält dieselbe contradictio in adjecto, als daß das Leben des Kindes nicht mit der Geburt, sondern erst später beginnt. Das ist die Auffassung des älteren Rechts. Freilich auf die Ausübung des erlangten Rechts kann der Berechtigte vorerst zurzeit noch verzichten, er kann die Sache, an der er durch Manzipation oder Tradition das Eigentum erlangt hat, vorläufig im Besitz des Gebers lassen, allein daß ungeachtet der unbedingten Vornahme jener Akte das Eigentum selbst nicht auf ihn übergehen soll, das kann kein Vertrag nach Auffassung des alten Rechts festsetzen, denn das würde den Willen mit sich selber in Widerspruch setzen. Wo dieser Erfolg dennoch beabsichtigt ist, d. h. wo bis zu einem bestimmten Zeitpunkte der eine, und von da an der andere das Eigentum haben soll, müssen die Parteien die Form der Obligation wählen — eine Eigentumsbestellung ex die, ein der Zeit nach im voraus hintereinander geschichtetes Eigentum mehrerer

Personen ist nach älterem römischen Recht eine Unmöglichkeit.[220a])

Der Satz, den ich hier für die Übertragung des Eigentums aufgestellt habe, gilt für sämtliche Rechtsgeschäfte. Ein leerer Zwischenraum zwischen dem Rechtsgeschäft und der Entstehung des Rechts ist nach der Theorie der altrömischen Juristen ebenso unmöglich, wie eine Trennung von Ursache und Wirkung, oder eine Geburt, bei der das Leben erst nach einiger Zeit beginnen soll. Bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden[221]) ist demgemäß die Vertagung der Existenz des Rechts (dies ex quo)[222]) unmöglich. Davon macht auch die Obligation keine Ausnahme; sie entsteht bekanntlich sofort, auch wenn die Erfüllung bis zu einem bestimmten Termine hinausgeschoben ist.[223])

Nur beim Testament begründete auch hier wiederum der oben entwickelte Gesichtspunkt, daß dasselbe nicht die Gegenwart, sondern die Zukunft zu seinem Gebiet hat, insofern eine Abweichung, als der Testator zwar nicht die Erbeseinsetzung (was aus naheliegenden praktischen Gründen ausgeschlossen war), wohl aber das Legat an einen beliebigen Anfangstermin knüpfen konnte.

So bewährt sich denn der Gesichtspunkt der punktuellen Konzentration des Rechtsgeschäfts auch für die Wirkungen desselben. Alle Momente des Rechtsgeschäfts: der äußere Akt der

---

220a) Über den Fortschritt, den unser heutiges und zum Teil bereits das neuere römische Recht in dieser Beziehung gemacht hat, s. die Note 212 zitierte Abh. von mir, S. 509 ff.

221) Dies erkennt Paulus auch für den Ususfruktus an, Vat. fr. § 49; L. 4 de usufr. (7. 1) von demselben kann also nicht das Gegenteil sagen. Dagegen konnte der Richter im Teilungsprozeß ebenso wie der Erblasser den Ususfruktus ex die bestellen, L. 16 § 2 fam. erc. (10. 2), nicht aber einen Tutor ex die; vergleiche L. 77 de R. J. (50. 17) mit § 3 I. Qui test. (1. 14).

222) Die Unzulässigkeit des dies ad quem hat meiner Ansicht nach mit der Theorie des Rechtsgeschäfts nichts zu schaffen, sie kann vielmehr nur aus der Theorie der Rechte befriedigend erklärt werden.

223) L. 46 pr. de V. O. (45. 1) . . praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

Handlung, der Tatbestand, die Existenz, d. i. die Wirksamkeit desselben, fallen in einen Fokus zusammen, das gesamte Rechtsgeschäft ist ein einziges unteilbares Ganzes, das entweder sofort vorhanden oder nicht vorhanden ist, ein nachträgliches Werden und Wirken nicht kennt.

Mit dieser Untrennbarkeit der beiden Seiten des Rechtsgeschäfts, seiner Voraussetzungen und Wirkungen, steht meiner Ansicht nach im engsten Zusammenhange die Unzulässigkeit der Stellvertretung im ältern Recht.[224]) Die wahre, echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentierten, die Stellvertretung schließt eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses eins ist. [225]) Ich bin zwar nicht gemeint, in einem solchen formal technischen Gedanken den letzten Grund der Ausschließung der Stellvertretung zu erblicken, ich bin vielmehr der Ansicht, daß das letzte Motiv derselben in psychologischen und praktischen Gründen zu suchen ist, allein gleichwohl ist es höchst beachtenswert, daß auch dieses Stück der Theorie des Rechtsgeschäfts sich einem Gesichtspunkt fügt, den wir im übrigen für die ganze Struktur des alten Rechtsgeschäfts bewährt gefunden haben.

Der Satz, daß das Rechtsgeschäft in der Person des Handelnden seine Wirkungen äußern müsse, gilt auch in bezug auf das Verhältnis des Erblassers zum Erben. Die letztwilligen Verpflichtungen, die jener diesem auferlegt, entstehen erst in der Per-

224) Der Ausspruch der L. 123 pr. de R. J. (50. 7): nemo alieno nomine legeagere potest galt auch für die Rechtsgeschäfte; auch in dieser Richtung wiederholte sich die Gleichheit der Struktur des Prozesses und des Rechtsgeschäfts.

225) Diesen Gedanken der notwendigen Einheit der Ursache und Wirkung in derselben Person deutet auch die bekannte L. 11 de O. et A. (44. 7) an: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt (Ursache) nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (Wirkung) inanem actum nostrum efficiunt.

ſon des letztern, die durch Rechtsgeſchäft unter Lebenden begründeten Verpflichtungen und Forderungen dagegen müſſen ihren Urſprung umgekehrt noch in der Perſon des Erblaſſers nehmen, laſſen ſich alſo nicht auf die Zeit nach ſeinem Tode ſtellen.[226])

Hiermit iſt das Ziel, das wir uns geſteckt haben, erreicht, und es iſt jetzt an der Zeit, die einzelnen zerſtreuten Züge, die uns teils die gegenwärtige, teils frühere Darſtellungen zu dem Bilde des alten Rechtsgeſchäfts geliefert haben, zu einem Totaleindruck zuſammenzufaſſen. Wie alles, was aus den Händen der alten Jurisprudenz hervorgegangen iſt, ſo trägt auch das Rechtsgeſchäft den Charakter ſchärfſt ausgeprägter Individualität an ſich. Ein altrömiſches Rechtsgeſchäft iſt nicht, wie ſo manches heutige, eine formloſe Willensmaſſe, die das ſouveräne Belieben der Parteien zuſammengegoſſen hat, und die erſt der Kunſt des Richters harrt, um in ſeine Beſtandteile aufgelöſt und beſtimmt zu werden: Kauf, Miete, Eigentum, Servituten, Pfandrecht, Verzicht uſw. in wildem Gemenge durcheinander, ſondern das ſind *Individuen*, wie die alten Aktionen, *äußerlich* in bezug auf die Form, *innerlich* in bezug auf den Inhalt, unfähig etwas anderes in ſich aufzunehmen, als was ihr Begriff mit ſich bringt. Mit dem Moment, mit dem ſie ins Daſein treten, fertig und vollendet, ſchließen ſie ſich ebenſo ſtreng gegen die Vergangenheit wie die Zukunft ab; gegen *jene*, indem ſie alles, was jenſeits von ihnen liegt, durch die *Form*, die das Rechtsgeſchäft von der Vorverhandlung ſcheidet, für immer abſchütteln und ſich ganz auf ſich ſelbſt und das, was in ihnen offenſichtlich zutage tritt, beſchränken — gegen die *Zukunft*, indem ſie in dem Moment ihres Auftretens auch ſofort in allen ihren Teilen feſt und unabänderlich werden,

226) Gaj. III. 100 . . . inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem. L. 36 § 1 ad leg. Aq. (9. 2). Wie dieſe Regel ſpäter durch ein pactum de non petendo in personam und eine darauf gegründete exceptio umgangen (L. 33 de pact. 2. 14, L. 10 de pact. dot. 23. 4) und darum ganz verſtändigerweiſe von Juſtinian in der L. un. Cod. Ut actiones (4. 11) völlig aufgehoben ward, gehört nicht mehr hierher.

keine spätern Zusätze und Nachträge dulden, keine Unentschiedenheit und Unbestimmtheit, keine Frage, die ihre Lösung erst von der Zukunft zu erwarten hätte, keinen Aufschub der Wirkung, sondern ganz und ausschließlich gestellt auf den sichern, realen Boden der Gegenwart und ihre Kraft sofort betätigend.

Das ist die Struktur und Physiognomie des alten Rechtsgeschäfts! Gewiß ein würdiges Seitenstück zur alten Aktio, beide würdig der Bezeichnung von Individuen und plastischen Gestalten; der Zug eiserner juristischer Disziplin geht durch beide hindurch. Ob diese Disziplin beim Rechtsgeschäft schwerer vom Leben empfunden, ob die knappen Formen und streng abgemessenen Bahnen, in die sie den Verkehr zwang, die freie Regung und Bewegung desselben mehr gehindert, als die entsprechenden Einrichtungen des Prozesses — diese Frage glaube ich nach dem, was ich über sie schon an anderer Stelle (III 417, 503) bemerkt habe, nicht erst noch aufwerfen zu sollen.

C. Die abstrakte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

Gegensatz des ältern und neuern Rechts — zusammengesetzte und einfache Rechtskörper. — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nichtobligatorischen Verhältnissen (analytische Komposition der alten rei vindicatio). — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt. — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse.

> Nihil admixtum, nihil concretum, nihil copulatum, nihil coagmentatum, nihil duplex.
> Cic. Tusc. disp. I. c. 29.

LIV. Die bisher behandelte konkrete Analyse hatte die Rechtsverhältnisse zum Gegenstande, sie hat uns gezeigt, wie bei der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung derselben,

d. i. bei der Theorie des Rechtsgeschäfts und im Mechanismus des Prozesses der Gedanke der Zersetzung zur Geltung gelangte. Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit den Rechtsbegriffen, sie soll ermitteln, welchen Anteil der Gedanke der Zersetzung an der Bildung des abstrakten Rechts, an der Gestaltung und Struktur der materiellen Rechtsbegriffe gehabt hat. Einer richtigen logischen Anordnung zufolge, scheint es, hätte diese letztere Untersuchung der ersten vorangehen sollen, denn bevor die Begriffe angewandt werden können, müssen sie doch erst da sein. Allein dies ist nur in der Idee wahr; in der Wirklichkeit bilden sich die Rechtsbegriffe und die Formen ihrer Anwendung, das materielle Recht, der Prozeß und das Rechtsgeschäft, nicht eins nach dem andern aus, sondern gleichzeitig, wie die verschiedenen Teile des menschlichen Körpers. Der Grund, der jene Anordnung empfahl, hängt mit dem eigentümlichen Verhältnis zusammen, welches in der Jugendperiode des Rechts zwischen dem materiellen Recht und Prozeß obwaltet (S. 17 fl.). Während in der abstrakten Periode des Rechts, in der wir uns heute befinden, die Begriffe des materiellen Rechts sich bis zu einem gewissen Grade ganz für sich allein behandeln lassen — ich möchte hinzufügen: leider nur zu oft selbst über diese Grenze hinaus so behandelt werden! —, Prozeß und materielles Recht sich hier fast fremd gegenüberstehen, sind diese beiden Teile auf jener Entwicklungsstufe des Rechts in dem Maße verbunden und verwachsen, daß die meisten Begriffe des materiellen Rechts, wenn ich so sagen darf, überhaupt nur existieren in ihrer prozessualischen Form: die Forderung als actio in personam, das Nexum als manus injectio, gewisse andere Ansprüche als pignoris capio usw., und es empfahl sich daher, sich von dieser Seite ihnen zuerst zu nähern. Die Schwierigkeiten einer jeden Darstellung steigern sich in demselben Maße, in dem sie vom Äußern ins Innere vordringt. Im Prozeß, im Rechtsgeschäft spielt der Gedanke der Zersetzung noch auf der Oberfläche, es ist eine Maschinerie, ein äußerer Mechanismus, den man sehen, ja den selbst

ein blödes Auge sehen kann, im materiellen Rechte dagegen, wo er ein mehr innerliches Dasein führt, bedarf es aller Kunst des geübten Blicks und aller Anstrengung des erfahrenen Denkens, um inne zu werden, daß und wie er auch hier sich beteiligt. Dazu kommt noch, daß er auf dieser inneren Seite des Rechts nicht denselben Spielraum vorfindet, wie auf der äußeren Seite desselben. Der Mechanismus des Prozesses und Rechtsgeschäftes ist etwas rein Formales, bei ihm hat ein formaler Gedanke, wie es der der Zersetzung ist, völlig freies Spiel, auf dem Gebiete des materiellen Rechts dagegen gesellen sich ihm als gestaltende Motive noch Gedanken anderer, materieller Art hinzu, mit denen er sich in die Herrschaft zu teilen hat. Während daher bei jenen beiden der Gesichtspunkt der Analyse ausreichte, um das spezifisch juristische Interesse derselben, soweit es nicht schon früher bei Gelegenheit des Formalismus berührt ward (§ 45—47), vollständig zu erschöpfen, so daß wir also fortan in diesem System uns mit ihnen nicht mehr werden zu beschäftigen haben, ist dies für die Begriffe des materiellen Rechts keineswegs der Fall, wir werden vielmehr genötigt sein, auf sie später (Theorie der Rechte) noch ausführlich zurückzukommen, um den Reichtum der Gedanken, den sie in sich bergen, zu erschließen.

Aber hat denn jener Gedanke überhaupt einen Anteil an der Bildung der Begriffe? Was hat die Analyse gemein mit dem Eigentum, der väterlichen Gewalt, dem Erbrecht? Was hätte die Jurisprudenz an diesen Begriffen, die sie ihrer Substanz nach fertig aus den Händen des Lebens überkam, noch zersetzen können? Was ihr erübrigte, scheint nichts weiter gewesen zu sein, als die realen Tatsachen und Verhältnisse der Sitte und des Verkehrs in die Form des Begriffs zu bringen. In gewissem Sinne kann man zwar auch diese Tätigkeit eine analytische und jeden Begriff ein Zersetzungsprodukt nennen, insofern nämlich die Bildung der Begriffe darauf beruht, daß der denkende Geist aus der flüssigen Gedankensubstanz einen Stoff nach dem andern herausgreift, ihn abgrenzt und abscheidet und zur Selbständig-

keit des individuellen logischen Seins erhebt. Aber in diesem Sinn ist die Analyse, die hier in Frage steht, nicht gemeint, in diesem Sinn ist sie das Denken selber, eine allgemein logische, keine spezifisch juristische Operation.

Der soeben aufgeworfene Zweifel wurzelt in einer Anschauung, die, ohne je wissenschaftlich begründet, in Frage gestellt oder überhaupt nur einmal ausgesprochen zu sein, doch als stillschweigendes Axiom allgemein verbreitet ist. Ich fasse sie in die Formel zusammen: die Rechtsbegriffe gelten unserer Wissenschaft nicht als Kunst-, sondern als Naturprodukte, als gegebene Tatsachen des Rechtslebens, welche der Begriff nur zur Einheit der Vorstellung und Klarheit des Denkens zusammengefaßt hat. Diese Anschauungsweise ist meines Dafürhaltens eine völlig irrige. Ohne den Ausführungen vorzugreifen, welche ich der Theorie der Rechte (Abschn. 2. Abt. 1) vorbehalten muß, kann ich schon an dieser Stelle, indem ich mich rein auf unsern Gesichtspunkt der Analyse beschränke, soviel behaupten und getraue mir es zu beweisen: die Begriffe des ältern Rechts sind nicht einfache Formulierungen der Verhältnisse, wie sie tatsächlich im Leben vorkamen, sondern sie sind nach den Gesetzen der Analyse in eine spezifisch-juristische, dem naiven Denken des Laien fremde Form gebracht — ihre Struktur, d. h. ihre begriffliche Abgrenzung, Gestaltung, Individualität, verdanken sie nicht den realen Motiven, Zwecken, Impulsen des Lebens, sondern der Kunst.

Zwei Richtungen sind es, in denen sich die Kunst in der analytischen Gestaltung der Rechtsbegriffe tätig erwiesen, zwei Gesetze sind es, vermittelst deren sie dieselbe erzielt hat. Das eine bezeichne ich als Gesetz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, das zweite als Gesetz der analytischen Vereinfachung des Tatbestandes. Beide kennzeichnen sich sofort als echt juristische Ideen, als Produkte der Reflexion und eigentümliche Kunstgriffe, beide reichen offenbar in jene Zeit hinauf, wo von einer Jurisprudenz im spätern Sinn noch keine

Rede war, sie gehören zu dem ältesten Stück römischer Jurisprudenz, das uns überliefert ist. In ihren Nachwirkungen, in den Instituten, in denen sie einmal fixiert waren, erhielten sie sich allerdings noch bis in die spätere Zeit hinein, nicht aber als produktive Prinzipien — die positiv neuen Bildungen des spätern Rechts atmen einen andern Charakter, sind in einem ganz andern Stil angelegt. Eben darum weise ich beide ausschließlich dem ältern Recht zu, dem die Ehre ihrer Erfindung gebührt, und werde daher im dritten System nicht nochmals auf sie zurückkommen.

Das erste Gesetz, das der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, dem ich mich jetzt zuwende, beschränkt sich auf die struktuelle Gestaltung der von mir früher (III 344) sogenannten selbständigen oder konkreten Rechtskörper, d. h. derjenigen, welche im Gegensatz zu den abstrakten, die nur in und an andern vorkommen, sich selbständig verwirklichen, sich zu konkreten Rechtsverhältnissen gestalten können, wie z. B. die Obligation, das Eigentum. Eine Vergleichung derjenigen dieser Begriffe, die dem neuern Recht ihren Ursprung verdanken, mit denen des ältern führt zu dem überraschenden Resultat, daß erstere fast ausnahmslos aus zwei systematisch verschiedenen Begriffen zusammengesetzt sind, während letztere nicht bloß kein einziges derartiges Beispiel aufzuweisen haben, sondern umgekehrt in allen Fällen, wo der natürliche Tatbestand des Verhältnisses einen Zwang dazu in sich zu schließen scheint, demselben in einer Weise ausweichen, die über die Absichtlichkeit dieser Wendung und das ihm zugrunde liegende Motiv keinen Zweifel aufkommen läßt. Die erstere Behauptung möge durch eine tabellarische Übersicht, bei der ich auch Beispiele aus dem heutigen Recht aufgenommen habe, veranschaulicht werden.

Es verbinden sich im spätern römischen oder in unserm heutigen Recht zur Einheit des Rechtsbegriffes: [226a])

226a) Ich habe mich bei der folgenden Tabelle auf die materiellen Rechtsinstitute beschränkt; in welchem Maße die bei ihnen konstatierte Erscheinung

die Begriffe		Kombinationsbildung
1. Eigentum	Obligation:	Superfizies, Emphyteusis,[227]) Servituten am Provinzialboden.[228])
2. — —	Ehe	Gütergemeinschaft.
3. Grundeigentum	Macht über die Person	Kolonat, Leibeigenschaft.
4. —	publizistische Rechte	Lehnrecht, Patrimonialgerichtsbarkeit, Steuerfreiheit, Landstandschaft usw.
5. —	gewerbliche Rechte	Realgerechtigkeiten, Bannrechte usw.
6. Besitz	Obligation	Verbindung der Obligation mit dem Besitz einer Sache.[228a])
7. Jus in re	väterliche Gewalt	Nießbrauch an den bona adventitia.
8. —	Obligation	Superfizies, Emphyteusis, Pfandrecht[229]).

---

sich auch bei den Klagen des neuern Rechts wiederholt, wird aus dem Verlauf der Darstellung erhellen.

227) Der Eigentümer des Grundstücks als solcher hat den Anspruch auf den Kanon, letzterer ist also hier aktiv an das Eigentum geknüpft.

228) Der Servitutzweck ward hier erreicht in Form einer aktiv wie passiv auf die Nachfolger beider Grundstücke übergehenden Obligation; dies ist von mir nachgewiesen in der öfters angeführten Abh. Jahrb. X. S. 554—562.

228a) Passiv: Übergang der Verpflichtung zur Leistung der fideicommissaria libertas auf den jedesmaligen Besitzer des Sklaven (Jahrb. X. S. 519—522), was ebenso hinsichtlich der obligatorischen Vereinbarungen zugunsten des Sklaven galt (daselbst S. 546), der Verpflichtung aus der Provinzialservitut (vorige Note), aus der Reallast; aktiv: Übergang des Forderungsrechts bei den Papieren auf den Inhaber.

229) Bei der Emphyteusis wird der passive Übergang der Obligation durch die Zustimmung des Eigentümers zum Verkauf vermittelt. In den beiden anderen Fällen kann die Erfüllung der Obligation gegen den Nachfolger auf indirektem Wege dadurch erzwungen werden, daß der Berechtigte (Eigentümer, Pfandgläubiger) gegen ihn die in rem actio

Wenn nun das ältere Recht, wie sofort gezeigt werden soll, kein einziges derartiges Beispiel darbietet, so könnte dies möglicherweise darin seinen Grund haben, daß es der älteren Zeit an der Substanz dafür gefehlt habe. Man könnte meinen, jene komplizierten Bildungen seien das Kennzeichen und das Produkt einer höhern Stufe der wirtschaftlichen Entwicklung, die einfacheren Verhältnisse der früheren Zeit dagegen hätten auch ungesucht zu einfachen Begriffsbildungen geführt. Diese Vorstellung ist eine irrige, sie widerlegt sich vollständig durch den Hinweis auf solche Verhältnisse des ältern Rechts, die das Material zu einer derartigen Begriffsbildung in sich schlossen, wie z. B. den Ususfruktus (S. 139) und die unten zu erörternden Verhältnisse. Die Art und Form ihrer juristischen Gestaltung besteht nicht, wie im neuern Recht, in einer Verschmelzung der heterogenen Elemente zur Einheit des Begriffs, sondern in einem äußerlichen Nebeneinanderstellen der verschiedenen einfachen Begriffe, in einem separaten, sukzessiven Operieren mit jedem einzelnen von ihnen. Das ganze Verhältnis wird stückweise errichtet, es ist nicht ein juristisches Ganze, sondern eine Kombination von verschiedenen, ökonomisch zwar durch den gemeinsamen Zweck verbundenen und um ihn als ihren Mittelpunkt gravitierenden, juristisch aber völlig selbständigen Begriffen.

Das Gesetz, welches hier zur Anwendung gelangt, liegt offen vor: die ältere Jurisprudenz duldet nur einfache, keine zusammengesetzten Körper. Aber was heißt: einfache und zusammengesetzte Körper, nach welchem Maßstabe bestimmte die Jurisprudenz den Begriff der Einfachheit? Die Antwort lautet: nicht danach, ob ein Verhältnis des Lebens seinem Zweck, seiner Bestimmung nach ein für sich abgeschlossenes Ganze bildete (ökonomische Einheit), sondern danach, ob dasselbe mit Hilfe der von ihr angenommenen juristischen Grundbegriffe sich noch weiter zerlegen ließ. Der Maßstab war also kein absoluter, sondern ein relativer,

erhebt, welcher der Beklagte nur dadurch ausweichen kann, daß er zahlt.

ein historischer, aber gleichwohl ein ganz faßbarer, bestimmter. Zusammengesetzt war ein Verhältnis, das einen Begriff, der als solcher im Leben vorkommen konnte, als Element seiner Substanz in sich schloß. Darum war z. B. der Kaufkontrakt ein zusammengesetzter Körper, denn die einfachste Form, in der die Obligation im Leben vorkommt, ist die einseitige Obligation, der Kaufkontrakt aber erzeugt zwei Obligationen, er läßt sich also auflösen in zwei einseitige. Soll unsere Behauptung richtig sein, so muß mithin das ältere Recht keine zweiseitigen Obligationen gekannt haben. Die einfachste Form des Rechtsverhältnisses, wie es z. B. im Eigentum zutage tritt, ist die des einseitigen Rechts, d. h. des Rechts ohne alle Verpflichtung. Soll unser obiger Satz aufrecht bestehen, so darf die ältere Jurisprudenz keine mit Pflichten gemischten Rechte geduldet haben, so dürfen die verschiedenen Rechte nie zur Einheit eines dritten selbständigen Rechts verschmolzen worden sein.

Untersuchen wir, ob unser Grundsatz die Probe besteht. Ich wende mich zu dem Zweck zuerst einer Erscheinung zu, die meines Erachtens mehr als irgend eine andere den Leser sofort auf die Höhe der Aufgabe hebt und ihm das innerste Geheimnis der Analytik des alten Rechts erschließt.

Der Gedanke der Verpflichtung beschränkt seine Herrschaft keineswegs auf dasjenige Gebiet, in dem er seinen eigentlichen Sitz hat und seine feste Ausprägung und Verkörperung gefunden hat, das Obligationenrecht; als unsichtbares, individuell nicht ausgeprägtes, unkörperliches Element durchdringt er die ganze Rechtswelt, alle Verhältnisse belebend und erhaltend, gleich dem Sauerstoff der atmosphärischen Luft. Nicht das ist mit dieser Behauptung gemeint, daß es auf allen Gebieten des Rechts Obligationen gibt, wie z. B. auf dem des Familienrechts die Dotations-, Alimentationsverbindlichkeit, die Dotalklage, auf dem des Erbrechts die Vermächtnisobligation — hier tritt der Gedanke der Verpflichtung in seiner spezifischen, im Obligationen-

recht ausgeprägten Form, d. h. in der mit einer actio in personam zu verfolgenden obligatio auf. Sondern gemeint ist, daß er auch in nichtobligatorischen Rechtsverhältnissen als bloßer Obligationsstoff anwesend sein kann, ohne die Form der Obligation anzunehmen. Es gibt kaum einen der Obligation antagonistischeren Rechtsbegriff, als den der in rem actio, und doch in welchem Maße sind manche in rem actiones des neuern Rechts mit obligatorischem Element versetzt! Die moderne rei vind. ist fast mehr obligatorischer als dinglicher Art, wie dies die unten folgende Analyse derselben dartun wird, und doch wird sie in dieser Beziehung noch überboten durch die hereditatis petitio. Äußerlich aber wird bei beiden das obligatorische Element gar nicht sichtbar, es ist nur vorhanden in Form von Regeln und Grundsätzen obligatorischer Art — der Unkundige, der das Dasein des Stoffs nur nach der äußern Form beurteilt, und dem das Auge fehlt, um die Elemente zu erkennen, auch wo sie in bloß substantieller Art anwesend sind, merkt von jenem Stoff nichts, und glaubt daher in den beiden Klagen rein dingliche Klagen vor sich zu haben.

Diese Versetzung nichtobligatorischer Verhältnisse mit obligatorischen Elementen steigert sich in eben dem Maße, wie sie selber im Lauf der Zeit sich vervollkommnen — der Grad der Vollkommenheit eines Rechts bemißt sich nach seiner Sättigung mit obligatorischem Stoff. Im entwickelten Recht führt der Gedanke der Obligation das Regiment, es gibt keinen Fleck, keinen noch so verborgenen Winkel, wohin diese flüchtige Substanz nicht dränge. Es muß dem dritten System vorbehalten bleiben, diese Tatsache des nähern zu begründen,[229a]) an der gegenwärtigen Stelle gilt es nur festzustellen, in welcher Form das ältere Recht diesen akzessorischen Obligationsstoff zur Wirksamkeit gebracht hat. Wenn

---

229a) In bezug auf die obligatorische Gestaltung des neuern Prozesses ist dies seit Erscheinen der ersten Auflage dieser Schrift inzwischen bereits von Kuntze, Institutionen und Geschichte des R. R. B. 2 S. 218 geschehen.

es in gleicher Weise geschehen ist, wie im spätern Recht, so ist unser Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper *nicht* begründet, denn unter dieser Voraussetzung würde dasselbe *zusammengesetzte* Rechtskörper gekannt haben. Soll unser Grundsatz wahr sein, so muß das ältere Recht entweder bei jenen Verhältnissen die Beihilfe der obligatorischen Prinzipien völlig verschmäht haben — und dies war unmöglich und ist nicht der Fall gewesen, wenngleich das Maß, in dem es sich derselben bediente, ungleich geringer war als im spätern Recht —; oder aber es muß dieser Stoff in die ihm adäquate Form der Obligation gebracht, d. h. also neben dem Verhältnis, um dessen obligatorischen Ausbau es sich handelte, *besondere*, ihrem Zweck nach um letzteres als um ihren Mittelpunkt gravitierende, *juristisch aber völlig selbständige Obligationen* geschaffen haben. Und so verhält es sich in der Tat. Wo das alte Recht in irgend einem Verhältnis, sei es in, sei es außer dem Prozeß der Verpflichtung zu einem Tun bedarf, da bringt es dieselbe regelmäßig in die Form einer eigenen, durch einen besondern Akt zwischen beiden Parteien ins Leben gerufene Obligation; unsere moderne Idee, daß das Verhältnis als solches eine obligatorische Kraft in sich schließe, ist ihm völlig fremd, selbst für den *Prozeß*. Was heutzutage die notwendige Folge irgend eines prozessualischen Aktes ist, sich für unsere Auffassung aus dem Getriebe des Verfahrens mit Notwendigkeit von selbst ergibt, wird im alten Prozeß erst durch eine (indirekt erzwungene) Obligation von der betreffenden Partei speziell und ausdrücklich übernommen, letztere *ist* nur darum verpflichtet, weil sie sich verpflichtet *hat*, aber es wir dafür gesorgt, daß sie sich verpflichten *muß*.

Es liegt nicht in meiner Absicht, diese für die Signatur des ältern Rechts so höchst bezeichnende Erscheinung in ihrer ganzen Ausdehnung zu verfolgen, es genügt, sie an einigen Hauptanwendungsfällen klar zu machen.

Unter ihnen nimmt die erste Stelle ein die Behandlung des obligatorischen Elements in der alten reivindicatio. In der Rein-

heit ihrer Idee bildet die reivind. den schärfsten Gegensatz zur actio in personam und zur Obligation, „non personam obligat, sed rem persequitur“,[230] wie es noch in späterer Zeit von ihr heißt, wo freilich diese Bezeichnung ihre Wahrheit bereits zum größten Teil eingebüßt hatte, d. h. sie verfolgt lediglich die Sache (agitur in rem), sie folgt ihr, wohin sie gelangt, und begehrt nichts von ihr, als was sie selber ohne vermittelnde Tätigkeit des Beklagten zu gewähren vermag, die Sache haftet, die Sache leistet, die Person des Beklagten hat nur die Bedeutung, daß sie zwischen dem Kläger und dem Objekt seines Anspruches in der Mitte steht und darum durch den Prozeß erst beseitigt werden muß, damit der Kläger selber sein Recht realisiere.

Diese ursprüngliche Idee der reivind. ist freilich im neuern Recht bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Die moderne reivind. ist durch und durch mit obligatorischen Elementen versetzt, ja man könnte sagen: sie ist eine persönliche Klage geworden, die nur, was sie ja mit manchen actiones in personam (sog. in rem scriptae) teilt, passiv durch den Besitz bestimmt wird. Ihr obligatorischer Charakter betätigt sich nach drei Seiten: sie umfaßt obligatorische Ansprüche aus der Zeit vor Beginn des Prozesses, aus der Zeit während des Prozesses und solche, die erst mit Beendigung des Prozesses entstehen. In der ersten Richtung kann sie für den Kläger zwei, für den Beklagten einen Anspruch verfolgen, für jenen nämlich den wegen dolus praeteritus und den wegen der Früchte, für diesen den wegen der Impensen. Will man sie in Richtung auf den erstgenannten klägerischen Anspruch beim rechten Namen nennen, so muß man sagen: sie übt hier die Funktion einer Pönalklage, einer etwas modifizierten[231]

230) L. 2 Cod. si unus (8. 33).

231) Modifiziert: insofern sie keinen Beweis des Schadens erfordert und keine Infamie zur Folge hat. Die pönale Natur bewährt sich darin, daß sie passiv vom Übergang auf die Erben ausgeschlossen ist. L. 52 de R. V. (6. 1).

act. de dolo aus. In Richtung auf den zweiten Anspruch des Klägers hält sie sich innerhalb der reinen Vindikationsidee nur da, wo sie die von einem malae fidei possessor gezogenen und bei ihm noch vorhandenen Früchte verfolgt — denn an ihnen hat Kläger das Eigentum —, in den beiden andern möglichen Fällen dagegen, wenn nämlich diese Früchte nicht mehr vorhanden, oder wenn der Beklagte bonae fidei possessor ist, schlägt sie in eine condictio um, denn hier hat sie nicht Eigentum in der Person des Klägers, sondern Bereicherung aus dessen Vermögen in der Person des Beklagten, also ein obligatorisches Motiv, zu ihrem Fundamente.[232]) Für den Anspruch des Beklagten auf Ersatz der Impensen bedarf die obige Behauptung keiner Bemerkung, er stützt sich ebenfalls auf Bereicherung.

Während des Prozesses äußert sich die obligatorische Kraft der reivind. darin, daß sie den Beklagten zur diligentia und in gewissem Grade zur Prästation des Zufalls verpflichtet,[232a]) am Ende desselben darin, daß auch sie, ganz wie die act. in personam, mit einer Geldkondemnation, also einer Verpflichtung endet.

Von alledem kennt die reivind. in ihrer ursprünglichen Gestalt nichts. Zunächst nicht die Haftung wegen dolus praeteritus (S. 30). Sodann nicht den Anspruch wegen der Früchte, was wenigstens in meinen Augen keinem Zweifel unterliegt. Die von einem b. f. p. gezogenen Früchte fielen in sein Eigentum,

---

232) Für die m. f. p. spricht die L. 15 de usuris (22. 1) ausdrücklich diesen Gesichtspunkt aus: qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur, ebenso L. 3 Cod. de cond. (4. 9) .. extantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictione conventus L. 22 § 2 de pign. act. (13. 7), L. 18 de exc. (44. 1), für den b. f. p. folgt es daraus, daß er als solcher Eigentum an den Früchten erwirbt.

232a) Ulpian rechtfertigt dies in L. 15 § 3 de R. V. (6. 1) durch Heranziehung des dem Obligationenrecht angehörigen Begriffs der mora — ein schlagender Beweis, wie sehr den spätern römischen Juristen die Betrachtung des Verhältnisses unter dem Gesichtspunkt der Obligation zur zweiten Natur geworden war.

konnten also nicht vindiziert werden. Ebensowenig die vom m. f. p. bereits konsumierten, denn das zu vindizierende Objekt muß noch existieren, schon darum, weil es mit vor Gericht gebracht werden muß. Diese beiden Kategorien von Früchten hätten also nur mit der Formel der persönlichen Klage: dare oportere, d. h. selbständig und unabhängig von der reivind. verfolgt werden können; denn daß die Kombination des dare oportere und rem meam esse zu einer Klage nach Grundsätzen des ältern Prozesses eine Unmöglichkeit, ein Unding war, wird nach den Ausführungen des § 51 keiner Bemerkung bedürfen. Bleiben also nur die beim m. f. p. noch in Natur existierenden Früchte. Daß auch sie im alten Prozeß weder selbständig noch mit der Hauptsache vindiziert werden konnten, ist eine Behauptung, für die ich den Beweis zunächst noch schuldig bleiben muß.[233]) Die wirkliche Klage, deren sich der Eigentümer rücksichtlich ihrer zu bedienen hatte, ist bereits oben (S. 31) angegeben, es war die Diebstahlsklage.[234])

Daß der Gegenanspruch des Beklagten auf Ersatz seiner Impensen der spätern Zeit angehört, lehrt schon die Form seiner Geltendmachung (exceptio doli), und der enge Zusammenhang, in dem er mit dem soeben erwähnten Anspruch des Klägers steht, gibt ein neues Argument für das relativ späte Alter des letztern. Solange dem b. f. p. die Impensen nicht vergütet wurden, durfte

---

233) Ich habe sie schon S. 31 ausgesprochen. Ich stütze sie nicht darauf, daß die Früchte einzeln hätten vindiziert werden müssen — dies Bedenken wäre ein grundloses, V. Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, Halle 1871 S. 100 u. fl. —, sondern darauf, daß die res nec mancipi und somit auch die Früchte auch nicht die Jungen von Tieren, (Gaj. II. 15) in alter Zeit überhaupt nicht Gegenstand der Vindikation sein konnten. Das Weitere im folgenden Bande.

234) S. außer den Note 232 zitierten Stellen, welche bloß die condictio überhaupt (nicht die furtiva) nennen, die auf die beim furtum nec manifestum stattfindende Strafe des duplum hinweisende L. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) .. ex prisci juris formulis .. malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur.

man ihn ohne die größte Unbilligkeit nicht zur Herausgabe der vorhandenen Früchte nötigen. Die Änderung des einen Satzes schloß notwendigerweise die des andern in sich An die Stelle der rohen Aufrechnung in Bausch und Bogen zwischen Früchten und Impensen trat jetzt der Fuß einer genaueren Abrechnung nach beiden Seiten, denn derselbe Grund, auf den der eine Teil seinen Anspruch stützte, der der Bereicherung, bot auch dem Gegner das Fundament zu dem seinigen. Beide Ansprüche sind Ausflüsse desselben Gedankens, der Übertragung der dem Obligationenrecht angehörigen Idee der Bereicherung auf die Eigentumsklage.

Daß der Besitzer während des Vindikationsprozesses, wenn ich so sagen darf, unter die Zucht des Obligationenrechts gestellt werden mußte, konnte auch im ältern Recht nicht zweifelhaft sein. Die Art, wie dies geschah, bezeugt wiederum die Strenge, mit der die alte Jurisprudenz an ihren technischen Grundgesetzen festhielt, denn sie ließ diese Obligation nicht einfach aus der reivind. herauswachsen, noch auch im Urteil sichtbar werden, sondern sie schlug denselben Weg ein, wie bei dem ususfructus, d. h. den der Begründung eines selbständigen Obligationsverhältnisses neben dem dinglichen Recht. Um die Verpflichtung zur Herausgabe der vom Besitzer (einerlei ob b. f. p. oder m. f. p.) während des Prozesses gezogenen Früchte zu begründen, dazu reichte schon der Gesichtspunkt des Diebstahls (furtum nec manifestum) vollkommen aus, mochte man nun in der Erlangung der Vindizien von seiten des unterliegenden Teils („si vindiciam falsam tulit")[235] ein furtum (possessionis) des Grundstücks[236]

235) Worte der XII Tafeln bei Festus s. v. Vindiciae: si vindiciam falsam tulit, si velit is . . (Cujacius: rei sive litis, Müller: stlitis et vindiciarum Prae) . . tor abitros III dato eorum arbitrio . . . (Müller: possessor, reus) fructus duplione damnum decidito.

236) Gellius XI. 18 § 13 . . fundi quoque et aedium fieri furtum. L. 1 § 3 de furt. (47. 2) furtum . . . possessionisve.

oder ein furtum (rei) der Früchte erblicken;[237] jedenfalls geht daraus, daß wegen dieser Früchte nach beendigtem Hauptprozeß[238] ein besonderes Schätzungsgericht von drei Sachverständigen (tres arbitri) bestellt wurde, soviel hervor, daß dieser Posten nicht der Kognition des Richters in der Hauptsache unterlag, auf den Gesichtspunkt des furtum nec manifestum aber weisen sowohl die Strafe des Doppelten als die beim Diebstahl technischen Worte „damnum decidere" hin.

Gegen positive Beschädigungen der Sache von seiten des Besitzers wäre der Gegner zwar durch andere Deliktsklagen geschützt gewesen,[239] nicht aber gegen Deteriorationen durch Unterlassen. In dieser Richtung bedurfte es daher jedenfalls der Begründung eines besondern Obligationsverhältnisses. Sie erfolgte durch Bestellung von Bürgen (praedes litis et vindiciarum), welche dafür aufzukommen hatten, daß der Besitzer die Sache in ordnungsmäßigem Stand halte und dem Urteil Folge leiste;[240] wer sie nicht stellen konnte, hatte auf die Vindizien keinen Anspruch. Die Realisierung dieses Obligationsanspruchs geschah separat in einem besondern, ausschließlich gegen den Bürgen (der Beklagte war, wie ich an anderer Stelle darzutun hoffe, juristisch gar nicht verpflichtet)[240a] gerichteten Verfahren, hatte also mit der reivind. nichts gemein.

237) Gegen den etwaigen Einwand, daß doch der b. f. p. nicht als fur hätte behandelt werden können, verweise ich auf mein „Schuldmoment im römischen Privatrecht", Gießen 1867. S. 11 fl.

238) Denn bevor nicht das Haupturteil gesprochen, ließ sich nicht von einem vindiciam falsam tulisse reden.

239) z. B. durch die act. arborum furtim caesarum. Ebenso im späteren Recht durch die actio legis Aquiliae: L. 27 § 2 de R. V. (6. 1) ... act. legis Aquiliae durat.

240) Auf ersteres beschränkt ihre Haftung Pseudo-Asc. (Orelli p. 191): ne interea possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat, während Gajus IV. 16. 94 die Bürgen schlechthin „litis et vindiciarum i. e. rei et fructuum nomine" wegen haften läßt.

240a) Zusatz zur vierten Auflage:

Ich benutze diese Gelegenheit, um Ansichten, die ich schon seit

Die Beendigung des Prozesses durch Urteil und Exekution blieb ebenfalls dem Charakter der rein dinglichen Klage treu.

Jahren in meinen Vorlesungen über Rechtsgeschichte vortrage, zu veröffentlichen.

Ich pflege die im Text genannten Bürgen als Einständer zu bezeichnen. Unter letzteren verstehe ich diejenigen, welche in ältester Zeit, als das Recht noch keine obligationes faciendi kannte, dafür die Haftung übernahmen, daß ein anderer etwas tue. Der Zweck ihrer Haftung bestand darin, daß sie den andern zur Vornahme der Handlung nötigen sollten, sie waren als Pressionsinstrumente gedacht. — Juristisch ging ihre Verpflichtung nicht auf das facere, sondern auf Geldzahlung (dare). Hinter dem bedingten dare aber steckte das eigene und das facere dessen, für den sie eintreten. In Form der Stipulation gebracht, würde die Stipulation gelautet haben: Spondesne dare, nisi Titius fecerit? Diese indirekte Erzwingung der Handlung einer Person durch Übernahme der Haftung dafür von seiten einer dritten fand in ältester Zeit die ausgedehnteste Anwendung. Zu den obengenannten praedes (durch welche in alter Zeit auch die Reparaturpflicht im nachbarlichen Verhältnis vermittelt ward: das lege agere damni infecti bei Gaj. IV. 31) kamen noch hinzu die vades im Zivil- u. Kriminalprozeß, welche die Haftung für das Erscheinen im Termin, und die völkerrechtlichen Geiseln, die obsides, welche die Haftung für die Treue des Volks übernahmen.

Mit der Haftung des praes hängt zwar nicht etymologisch, aber sachlich aufs engste der Begriff des praestare zusammen. Praestare ist das Einstehen für etwas, das als solches nicht erzwungen werden kann. In dieser Weise steht der praes für die Handlung oder Unterlassung des andern ein, und bürgt der Schuldner selber, seitdem die obligationes faciendi aufgekommen waren, für den Schadenersatz, er ist sein eigner praes geworden. Das praestare hat historisch den Übergang zum facere vermittelt: von der indirekten Erzwingung mittelst Haftung (Einstehen, Garantieren), d. i. Leistung des Schadenersatzes, zur direkten mittelst Verpflichtung zur Erfüllung. In der Klagformel war das praestare nicht besonders betont, es steckte in dem dare facere, als Gegenstand der Leistung aber unterschieden die römischen Juristen es noch in späterer Zeit vom dare und facere (L. 3 pr. de O. et A. 44. 7), sie verstanden darunter das dare im Fall des nicht beschafften und nicht mehr zu beschaffenden facere, sei es, daß es sich überall nicht mehr beschaffen ließ, oder daß der Verpflichtete es auch auf Grund der Klage nicht mehr beschaffen wollte; insofern konnte jede obligatio faciendi mit einem praestare enden.

Der Unterschied des römischen Bürgen (sponsor, fidejussor, fidepromissor, die beiden ersten für den Verkehr der Römer unter sich, der letztere

Im neuern Recht haben beide die Form der persönlichen Klage angenommen. Die Verurteilung erfolgt bei der petitoria formula auf Geld, also auf ein dare (nicht auf rem ejus esse) — eine Veränderung, die durch die vielerlei obligatorischen Zusätze, welche die Klage aufgenommen hatte, unabweisbar geworden war. Daß das Urteil im ältern Vindikationsprozeß nicht auf Geld lauten konnte, wird keiner Bemerkung bedürfen, der

---

für ihren Verkehr mit den Peregrinen) vom Einständer im obigen Sinne (den praedes, vades, obsides) ergibt sich aus dem bisherigen von selbst. Jener übernimmt dieselbe (klagbare) Verbindlichkeit des Schuldners, er ist Nebenschuldner neben dem Hauptschuldner, dieser übernimmt eine selbständige Verbindlichkeit, die in der Person dessen, für den er eintritt, gar nicht existiert: ein dare für den Fall, daß etwas, was letzterem obgelegen hätte, unterblieb. Unter diesen Gesichtspunkt des Unterbleibens fällt auch die Bestellung der praedes für das sacramentum (Gaj. IV. 16). Das Verhältnis ist nicht so zu denken, als ob sie akzessorisch die Verbindlichkeit des Prozeßführers zur Zahlung des sacramentum übernähmen, dann wären sie Bürgen, in seiner Person existiert diese Verbindlichkeit gar nicht, sondern sie haften auch hier, wie in allen andern Fällen (Nichtbeschaffung der Leistung vom manceps, der selber gar nicht haftet — Nichtbeschaffung der Reparatur im nachbarlichen Verhältnis —, Nichterfüllung der dem Besitzer im Vindikationsprozeß obliegenden Leistungen im Fall des Unterliegens — Nichterscheinen im Termin —, Bruch der völkerrechtlichen Vereinbarung) für den Fall des Unterbleibens einer in der Person desjenigen, für den sie die Garantie übernommen haben, obliegenden Leistung, hier des Nachweises seines Rechts, d. i. für den Fall der Sachfälligkeit. Damit ist der Einwand, den man diesem Verhältnis gegen meine Begriffsbestimmung des Einständers (= derjenige, der die Verpflichtung zu einem dare übernimmt, für den Fall, daß ein in Rechtsform nicht erzwingbares facere in der Person eines andern unterbleibt) entnehmen könnte, widerlegt.

Ich kann nicht unterlassen, da ich das Institut der Einständer hier einmal berührt habe, noch einige Worte über die praktische Bedeutung hinzuzufügen. Sie lag in einem Doppelten. Einmal in der Garantie gegen Unzuverlässigkeit, leichtsinniges Prozessieren usw. — wer eine faule Sache hatte oder nicht vertrauenswürdig war, fand keinen praes oder vas, ebensowenig wie einen vindex, der Prozeß ward in der Geburt erstickt. Zweitens in der Pression, welche die Einständer durch ihr eignes Interesse veranlaßt wurden auf ihn auszuüben, um ihn zur schuldigen Leistung zu nötigen, sie waren ihm als Aufpasser und Treiber gesetzt — ein außergerichtlicher Zwangsapparat zur Beschaffung der richtigen Leistung.

Richter durfte nur so sprechen, wie die Formel es ihm vorgezeichnet hatte, also im Sakramentsprozeß auf sacramentum justum esse (I. 173).[241] Auch daß hinterher in einem besondern Nachverfahren das zuerkannte Eigentum in eine Geldschuld verwandelt worden sei, so daß also der alte Prozeß gleich dem spätern seinem schließlichen Verlauf nach mit einer Obligation geendet hätte, muß ich entschieden bestreiten.[241a] Das für den Legisaktionenprozeß erwähnte arbitrium liti aestimandae[242] findet bei den persönlichen Klagen, bei denen ursprünglich die Kondemnation auf die Sache selbst, nicht auf Geld lautete,[243] seine ausreichende Erklärung. Der arbiter konnte nur schätzen, nicht kondemnieren, d. h. keine Obligationen begründen, sondern nur den Betrag einer bereits vorhandenen feststellen, in der Person des Beklagten bestand aber rücksichtlich des Vindikationsobjekts selber keine Verpflichtung. Nur rücksichtlich der obigen obligatorischen Nebenansprüche wegen der Früchte und wegen Deterioration oder Vernichtung der Sache konnte, eben weil es sich hier lediglich um den Betrag handelte, ein solches Schätzungsverfahren eintreten und ausreichen.

Aber, wird man mir einwenden, das Urteil im Vindikationsprozeß muß doch jedenfalls eine Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache begründet haben. Eine Verpflichtung in dem unbestimmten Sinn des Wortes, in dem man auch wohl von einer Verpflichtung spricht, die Gesetze und Anordnungen der Obrigkeit zu befolgen, allerdings, aber keine Verpflichtung im juristisch-technischen Sinn: keine obligatio. Die alte reivind. ging selbst nicht einmal im Moment ihrer Verwirklichung durch den Begriff der Obligation hindurch, denn der Beklagte hat die

241) Bei der sponsio praejudicialis auf sponsionis summam dari oportere Gaj. IV. 93.

241a) So auch Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilpr. I. S. 193.

242) Val. Probus de notis antiq. § 4.

243) Gaj. IV. 48.

Sache nicht zu geben, sondern der Kläger nimmt sie sich,[244]) das Dulden von seiten des Beklagten ist nichts als das Unterlassen der Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Obrigkeit.[245]) Auch wenn der Beklagte nach dem Urteil gestorben wäre, hätte die Exekution keinen Aufschub zu erleiden brauchen, zum besten Beweise, daß jenes Dulden kein Handeln war, denn Handeln setzt eine Person voraus. Sowenig es eines Gebens bedurft hätte, wenn der Beklagte von vornherein einen Widerstand überhaupt nicht entgegengesetzt hätte, sondern wie hier der Kläger nach erfolgter addictio von seiten des Prätors[246]) einfach den vor Gericht gebrachten Gegenstand mit sich hinweggenommen hätte,[247]) ganz ebenso stand die Sache, wenn dieser Widerstand durch das Urteil gebrochen war.

Als Resultat unserer bisherigen Ausführungen werden wir den Satz aussprechen dürfen: die reivind. des neuern Rechts ist ein Konglomerat verschiedener um das Eigentum sich drehender Ansprüche, dinglicher und persönlicher, nicht sowohl eine einzelne Klage, als ein ganzer Komplex von Klagen, kurz in analytischer Hinsicht ein Kompositum. Die reivind. des ältern Rechts dagegen bleibt dem Gesichtspunkt eines Verfahrens gegen die Sache von Anfang bis zu Ende treu; ihrer ursprünglichen Richtung und Voraussetzung nach lediglich durch die Sache bestimmt, nimmt sie nichts in sich auf, was über das rein Sachliche hinausginge und die Person träfe, sie entsteht und endet im Gebiet des reinen

244) L. 57 pr. de evict. (21. 2) . . ante ablatam vel abductam rem L. 67 ibid., L. 30 de lib. causa (40. 12) . . duci servum debere ab eo, qui vicisset. Ebenso im Besitzprozeß, I. 1 pr. Ut ubi (43. 21): quominus is eam ducat und beim Uti possidetis, beide Interdikte ermächtigen den justus possessor zur Selbsthilfe. Übereinstimmend Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 191.

245) L. un. § 1 si quis jus (2. 3).

246) Gaj. II. 24 (in jure cessio).

247) Ebenso wenn durch Erteilung der Vindizien der Besitz von dem einen auf den andern übertragen worden war. Liv. III. 48: I, lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium.

Sachenrechts, die adminikulierenden obligatorischen Ansprüche, deren sie bedarf, schlagen, wie sie es nach unserem Gesetz der Analyse sollen, die Bahn der act. in personam ein. Die alte rei vind. ist also ein analytisch einfacher Körper, denn sie schließt keinen Bestandteil in sich, der anderwärts als selbständiger Rechtsbegriff vorkommt.

Die bisherige Ausführung sollte den Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper zunächst nur an einem besonders lehrreichen Musterfall veranschaulichen.[248]) Um denselben aber als allgemeines, ausnahmsloses Gesetz aufstellen zu können, dazu bedarf es noch eines Weiteren, einer Prüfung sämtlicher Rechte des ältern Systems unter diesem Gesichtspunkt. Soll letzterer seine Probe bestehen, so darf sich unter der Zahl derselben kein einziges befinden, welches aus zwei systematisch einfachen Elementen, aus zwei verschiedenartigen Rechten oder aus Recht und Verpflichtung gemischt ist, es muß vielmehr, wo irgend ein Verhältnis seiner Natur nach ein solches Zusammenwirken mehrerer Elemente mit sich bringt, der soeben geschilderte Weg separater Nebeneinanderstellung eingeschlagen worden sein.

Nach solchen Mischbegriffen wird man nun, wie bereits bemerkt, im ältern Recht vergebens suchen. Nicht darin aber hat dies seinen Grund, weil es der ältern Zeit an der Substanz dafür, d. h. den Verhältnissen selber gefehlt hätte, denn wenn auch manche der obigen Beispiele einer höheren Stufe wirtschaftlicher Entwicklung angehören, so kannte doch auch das ältere Recht Fälle genug, in denen es, wenn es sonst nur gewollt hätte, eine solche

---

248) Ein anderes Beispiel haben wir schon oben S. 139 an dem Usus-fruktus kennen gelernt. Das in der ersten Auflage noch herangezogene Verhältnis der cautio damni infecti als eines Falles, in dem das ältere Recht den Schutz des Grundeigentums ebenfalls in Form einer besonderen Obligation vermittelte, ist in der gegenwärtigen Auflage bereits in Note 240a berührt worden.

Verschmelzung zweier Begriffe zur Einheit hätte eintreten lassen können.

Fragen wir also zuerst: gibt es im ältern Recht ein Verhältnis, welches wie die oben S. 183 angeführten des neuern und des heutigen Rechts, zwei systematisch verschiedene Rechte in sich schließt? Ich wüßte keins zu nennen.[249]) Ebensowenig kennt das ältere Recht jene Kombination der beiden Grundformen der Klagen, der actio in rem und der actio in personam für ein und dasselbe Verhältnis. Im ältern Recht ist jedes Verhältnis nur mit einer dieser beiden Klagen ausgestattet, entweder der einen oder der andern, nie mit beiden zusammen. Des Gegensatzes wegen vergleiche man damit einmal die mancherlei Fälle, in denen das neuere Recht für einen und denselben Anspruch sowohl eine persönliche Klage als eine reivindicatio utilis gewährt,[249a]) oder das moderne Legat, für das dem Legatar, wo der Gegenstand danach geartet ist, ebensowohl die persönliche als die dingliche Klage zur Verfügung steht. In dem alten Recht waren die beiden Klagen, wie bei allen Verhältnissen, so auch beim Legat streng geschieden, das Vindikationslegat ward ausschließlich mit der einen, das Damnationslegat ausschließlich mit der andern geltend gemacht, eine Kombination beider Klagen bzw. beider Legatsformen zu einer Doppelform wäre einem Juristen der alten Schule als eine Ungeheuerlichkeit erschienen, und es gehörte der gänzliche Bruch mit den alten technischen Überlieferungen dazu, um solche Schöpfungen zutage zu fördern.[249b])

249) Ich muß abwarten, ob meine Behauptung auf Widerspruch stößt. Die Einwendungen, die ich zurzeit absehe, sind zu unstichhaltig, als daß ich sie widerlegen möchte. So z. B. die Prädialservitut sei mit dem Eigentum verbunden. Antwort: darauf beruht eben ihr Begriff, eine einfachere Form für sie ist gar nicht denkbar. Dieselbe Antwort auf den Einwand: die hereditas übertrage Rechte aller Art, die hausherrliche Gewalt gewähre zugleich die Macht über die Person und über alle Sachen, welche dieselbe erwerbe.

249a) S. dieselben in meiner Abh. über die reiv. utilis in meinen Jahrbüchern B. 1 S. 120 ff.

249b) Damit soll denselben aber im übrigen nicht ihr Urteil gesprochen

Wir fragen zweitens: kennt das ältere Recht Verhältnisse, in denen sich Recht und Pflicht oder Gegenrecht zur begrifflichen Einheit verbinden? Auch diese Frage ist schlechthin zu verneinen. Alle Verhältnisse des älteren Rechts sind wesentlich einseitiger Art, sie gewähren dem Berechtigten nur ein Recht, ohne ihm zugleich eine Pflicht aufzuerlegen oder dem Gegner ein Gegenrecht zu verschaffen.

Dieser Gesichtspunkt der Einseitigkeit als ein die Struktur sämtlicher Verhältnisse des alten Rechts bestimmender Gesichtspunkt ist vor mir bereits von Stahl ausgesprochen worden.[250]) Ohne das Verdienst dieses Mannes, dessen tiefen, ins Innere der Dinge dringenden Blick niemand so hoch anerkennen kann, wie ich, zu schmälern, darf ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß seine Ausführungen manches zu wünschen übrig lassen. Um von Einzelheiten völlig zu schweigen, so kann ich ihm in bezug auf die Bedeutung, die er diesem Gesichtspunkt beilegt, in keiner Weise beistimmen. Weder darin, daß in diesem einzigen Gedanken das eigentümliche Wesen des römischen Rechts völlig beschlossen liege, noch darin, daß derselbe in der ethischen Lebensanschauung der Römer seinen letzten Grund gehabt habe. Was Stahl irregeführt hat, darüber habe ich mich schon bei Gelegenheit des allgemeinen Wesens der Analyse (III. 350) des weitern ausgesprochen, und es mag hier genügen darauf einfach Bezug zu nehmen.

Das Verhältnis des Mannes zu seiner Frau hat im neuesten Recht den Charakter eines gegenseitigen angenommen, ebenso das des Vormundes zu seinem Mündel, und dasselbe kann man bis zu einem gewissen Grade auch von der väterlichen Gewalt sagen, insofern auch sie dem Vater Pflichten (z. B. die Alimentations-

sein, im Gegenteil erblicke ich in ihnen einen Fortschritt des Rechts zur größeren Vollkommenheit und Vielseitigkeit, s. die oben angeführte Abh. von mir Jahrb. X. S. 517—519.

250) Philosophie des Rechts. Aufl. 2 B. 2 S. 392 ff. (Anhang über den Wert des römischen Privatrechts.)

pflicht) auferlegt. Ganz anders im ältern Recht. Denn wie immerhin diese Verhältnisse im Leben und durch die Sitte auch tatsächlich gestaltet sein mochten, juristisch waren sie sämtlich einseitige Machtverhältnisse, die einen Gegenanspruch des Untergebenen nicht zuließen. Für die Kinder bedarf dies keiner Bemerkung, für die Ehefrau in der manus könnte man höchstens eine Ausnahme rücksichtlich der Dos statuieren. Allein nach der richtigen Ansicht[251]) hatte die Frau, wie überhaupt keinen Anspruch gegen den Mann, so auch nicht rücksichtlich der Dos, es wäre bei der Manusehe ein Anspruch des Mannes gegen sich selber gewesen. Die Vormundschaft, in ihrer ursprünglichen Gestalt von den Römern ausdrücklich als „Machtverhältnis" definiert,[252]) gehörte in der ältern Zeit zur Zahl derjenigen Pflichtverhältnisse (officia),[253]) die zwar eine höchst innige, durch Infamie geschützte sittliche Verpflichtung, aber keine juristische Verbindlichkeit begründeten. Unterschlagung erzeugte hier, wie überall, die Diebstahlsklage aufs Doppelte (act. rationibus distrahendis), dagegen war der Gedanke eines spezifisch obligatorischen Anspruches des Pupillen gegen den Vormund auf treue und sorgfältige Führung seines Amtes, wie er späterhin in dem judicium tutelae zum Ausdruck gelangt, dem ältern Recht fremd.[254])

Das Eigentum ließ sich durch Servituten beschränken, und der Eigentümer selber konnte sich persönlich verpflichten, allein mit dem Eigentum als solchem (d. h. so, daß sie auf den Nachfolger übergegangen wäre) ließ sich nach altem Recht eine

---

251) Ich freue mich dieser Ansicht, auf die ich von einer andern Seite gekommen war, jetzt bei Bechmann, Das römische Dotalrecht. Erste Abt. Erlangen 1863. S. 105 zu begegnen, der zuerst der herrschenden Auffassung, als ob die Dos zwischen Mann und Frau ursprünglich ein wirkliches Obligationsverhältnis begründet habe, eingetreten ist.

252) „Jus ac potestas in capite libero" Cic. de invent. II. 50. L. 1 pr. de tut. (26. 1).

253) Gell. IV. 13.

254) Das Nähere bei den Verhältnissen der bona fides im letzten Abschnitt dieses Teils.

Obligation nicht verbinden.[255]) Durch den Satz: servitus in faciendo consistere nequit war dafür gesorgt, daß die Servitut nicht in das Gebiet der Obligation hinübergriff. Die Last, die sie dem Eigentümer auferlegte, fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer Verbindlichkeit, sie bestand fort, auch wenn gar kein Eigentümer, oder ein handlungsunfähiger da war, zum besten Beweise, daß das rein negative Verhalten von seiner Seite kein Handeln in sich schloß. Darum erfolgte ihre Geltendmachung auch nicht mit einer act. in personam, sondern einer act. in rem. Über die Struktur des ususfructus ist bereits das Nötige gesagt.

Am ergiebigsten für unsere Betrachtung ist das Obligationenrecht. Bei weitem die meisten Verhältnisse des obligatorischen Verkehrs sind zweiseitiger Art, und es wird niemand daran zweifeln, daß auch sie dem altrömischen Leben bekannt gewesen sind. Um so lehrreicher ist daher die Tatsache, daß alle Obligationsformen, welche mit Sicherheit auf das ältere Recht zurückzuführen sind, wesentlich einseitiger Art sind, nämlich das Nexum, das Darlehn, der Literalkontrakt und die Stipulation. Unter den zweiseitigen Verträgen des spätern Rechts gibt es keinen, den die Römer dem jus civile zuweisen, sie gehören sämtlich dem jus gentium an, das heißt aber m. a. W.: der Gedanke der Gegenseitigkeit ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Zivilrechts, das spezifisch Römische ist die Einseitigkeit.

Es wird nicht der Angabe bedürfen, wie die Römer mit diesem Grundsatz der Einseitigkeit auszureichen vermochten — sie lösten einfach das zweiseitige Verhältnis in zwei einseitige Stipulationen auf (z. B. stipulationes emti venditi, locati conducti). Wollte der Promittent sicher gehen, daß der Gegner die Einseitigkeit seines Anspruches nicht mißbrauche, d. h. denselben

255) Der Änderung, die sich mit diesem Satz in den Provinzen vollzog, ist bereits oben Note 228 gedacht.

nicht geltend mache, bevor er seinerseits erfüllt hatte, so fügte er seinem Versprechen eine darauf gerichtete Bedingung hinzu (centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?). Ebensowenig werden wir darüber ein Wort zu verlieren haben, daß der Grund dieser Manipulation nicht mit Stahl in der Beschränktheit der ethischen, der Verbindung der Pflicht mit dem Recht widerstrebenden Auffassung der Römer, sondern in denselben Zweckmäßigkeitsgründen zu suchen ist, denen die Analytik des Rechts überhaupt ihren Ursprung verdankt. Die einseitige Obligation ist nicht bloß die einfachste Obligationsform im analytischen Sinn, sondern auch im praktischen Sinn, d. h. die am leichtesten zu handhabende (§ 55).

Jahrhundertelang hindurch hatten die Römer keine andere Obligation gekannt als die einseitige, jahrhundertelang waren sie gewohnt, die substantiell zweiseitigen Geschäfte des Lebens, wie Kauf, Miete, Sozietät in die Form von zwei einseitigen Verträgen zu bringen, in ihnen juristisch nicht einen einzigen, sondern zwei Kontrakte zu erblicken. Änderte sich dies nun mit einem Male, als das Erfordernis der besondern Form dieser Verträge, die Stipulationsform hinwegfiel, sahen sie diese Geschäfte jetzt mit völlig andern Augen an? Jene Änderung in der Form schloß diese Folge keineswegs in sich, es war vielmehr die Frage nach der juristischen Struktur des Geschäfts von der Formfrage völlig unabhängig; ein solcher totaler Umschwung in der ganzen Vorstellungs- und Auffassungsweise ohne zwingende Gründe würde durchaus der Weise der römischen Juristen, dem Kontinuitätsgesetz der römischen Rechtsentwicklung widersprochen haben. In der Tat ist er denn auch nicht erfolgt. An die Stelle der stipulatio emti und venditi, locati und conducti trat nicht ein solches zweiseitiges Geschäft, wie wir Neuern es unter dem Kauf- und Mietkontrakt uns vorzustellen pflegen, sondern die emtio und venditio, die locatio und conductio; m. a. W. jene beiden Geschäfte behielten ihre alte Struktur bei, sie blieben, was sie waren, zwei einseitige, übereinander geschobene Geschäfte. Darum

ist es nicht Zufall, nicht eine bloße Reminiszenz an die ehemalige Struktur derselben, daß die Römer zu deren Bezeichnung stets den Doppelnamen emtio venditio, locatio conductio gebrauchen, sondern es prägt sich darin das wahre Wesen, die juristische Struktur dieser Geschäfte auch vom Standpunkt des neuern Rechts aus. Erst in unserer Zeit hat die richtige Erkenntnis davon zu tagen begonnen,[256]) aber es fehlt noch viel, daß man mit den Irrtümern, welche die bisher herrschende Auffassung mit Notwendigkeit in ihrem Gefolge haben mußte, aufgeräumt hätte.[257])

Auch für diejenigen wesentlich oder zufällig zweiseitigen Geschäfte, welche die Römer mit einem Namen bezeichneten, wie z. B. die societas, das mandatum u. a. wiederholt sich derselbe Mechanismus, dieselben können für den einen Teil von vornherein ungültig, für den andern gültig sein, für den einen fortdauern, für den andern nicht. Bei diesem partiellen Bestehen nimmt der nicht zur juristischen Existenz gelangte Gegenanspruch des andern Teils den Charakter einer Bedingung der Realisierung des gegnerischen Anspruchs an — eine Art der indirekten Verpflichtung des Gegners, auf welche die römischen Juristen den Begriff und Ausdruck der obligatio naturalis angewandt haben. Das Verhältnis ist aber in Wirklichkeit kein anderes als bei der oben angegebenen bedingten stipulatio emti, aus der es sich historisch entwickelt hat. Ein Pupill, der mittelst der stipu-

256) Brandis, Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. B. 7 S. 138 fl. Dernburg, Kompensation S. 70 ff.

257) So z. B. in der Lehre von dem Irrtum, für welche Savigny, System B. 3 S 294 die Behauptung aufstellt, daß auch der Verkäufer wegen Irrtums des Käufers von seiner Verbindlichkeit frei werde. Bei der Ehe würde dies richtig sein, denn eine Ehe kann nicht für den einen Teil nichtig, für den andern gültig sein, die Eingehung der Ehe enthält einen wirklich zweiseitigen Vertrag, bei dem die Wirkungen für beide Teile sich gegenseitig bedingen. Dies gilt aber für den Kauf- und Mietkontrakt nicht, eben weil beide nur ein Kompositum von zwei Verträgen sind, es kann eine emtio ohne venditio, eine venditio ohne emtio geben.

latio emti „spondesne equum dare, si centum dederim?“ sich das ohne Tutor gekaufte Pferd hatte versprechen lassen und dafür seinerseits: centum dare, si equum dederis spondiert hatte, haftete für den Kaufpreis nicht anders, als wenn er ohne Stipulation die Sache gekauft hatte — wollte er das Pferd, so mußte er die Bedingung erfüllen.

In unserm heutigen Recht sind zur Zahl der zweiseitigen Verträge noch die sog. Innominatkontrakte hinzugekommen,[258]) in ihrer reinen römischen Gestalt gehören sie bekanntlich zur Zahl der einseitigen — ein neuer Beleg für die Ausdehnung, in welcher der Gedanke der Einseitigkeit noch das neuere Obligationenrecht beherrscht, für die Zähigkeit, mit der noch die spätere Zeit an diesem alt- und echtrömischen Gedanken festhielt.

Das Erbrecht bot diesem Gesichtspunkt nur bei dem Legat Raum, denn die Erbschaft schließt mit Notwendigkeit den Übergang von Rechten und Verbindlichkeiten in sich, darauf beruht ja der Begriff der Universalsukzession. Es hieße das wahre Verhältnis mehr verdecken als aufklären, wollte man es dadurch mit unserem Gesichtspunkt in Übereinstimmung bringen, daß man sagte: der Erbe werde lediglich *berechtigt*, denn er überkomme nicht unmittelbar die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, sondern das ideale Objekt der hereditas, den ökonomischen Niederschlag der Persönlichkeit des Erblassers.

Beim *Legat* dagegen ist unser Gesichtspunkt wiederum streng durchgeführt. Das Legat, sowie das ihm korrespondierende Geschäft unter Lebenden, die Schenkung, sind nach älterer Auffassung rein einseitige Zuwendungen, mit deren Begriff die Auflage einer *Verpflichtung*[259]) nicht vereinbar ist; einem Legatar

---

258) Aber wohlgemerkt: sie *können* zweiseitig sein, brauchen es aber nicht zu sein (selbst der Tauschkontrakt nicht); die Möglichkeit, daß nach Absicht der Kontrahenten bloß der eine Teil verpflichtet sein solle, wenn der andere geleistet habe, nicht aber letzterer, ist auch im heutigen Recht nicht hinweggefallen.

259) Die Auflage eines modus fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer

konnte kein Legat, dem Donatar keine Obligation auferlegt werden. Im neuern Recht ist beides möglich geworden, beim Legat dadurch, daß der Legatar mit einem Fideikommiß belastet werden kann, bei der Schenkung durch die direkte Erzwingbarkeit des Modus.

Ist die ältere Jurisprudenz, wie soeben angenommen, wirklich von dem Satz ausgegangen, daß liberale Zuwendungen sich nicht mit obligatorischen Auflagen verbinden lassen, so wird sie es auch nicht geduldet haben, daß der Vater bei der Emanzipation des Sohnes oder der Herr bei Freilassung des Sklaven sich etwas ausbedang. Rücksichtlich des ersteren Falles wird niemand Zweifel hegen, rücksichtlich des letzteren möchte es daraus hervorgehen, daß zu dem Zweck der Eid benutzt ward (jurata operarum promissio), was darauf deutet, daß man diesen Zweck in juristischer Form ursprünglich nicht zu erreichen vermochte.

Hiermit habe ich meine Übersicht geschlossen, und wenn ich sonst kein Verhältnis übergangen habe,[260]) so glaube ich das Resultat derselben in den Satz zusammenfassen zu dürfen: das ältere Recht kannte kein Verhältnis, welches aus *Recht* und *Verbindlichkeit* gemischt war. Gesellen wir dazu unsern frühern Satz, daß dasselbe ebensowenig ein Verhältnis kannte, bei dem zwei systematisch verschiedene *Rechte* zur begrifflichen Einheit zusammengefügt waren, so möchte damit der an die Spitze dieses Paragraphen gestellte Gesichtspunkt der elementaren Einfachheit der Rechtskörper seine Erläuterung und Rechtfertigung gefunden haben.

Verpflichtung; der modus verhält sich zur Obligation, wie die bei der mancipatio durch deductio vorbehaltene Servitut zum Eigentum, d. h. er war ein bloßer Subtraktionsfaktor. Erst das neuere Recht hat in paralleler Entwicklung mit dem bei den Innominatkontrakten stattgefundenen Fortschritt von der condictio ob causam datorum zur act. praescriptis verbis auch bei jenen beiden lukrativen Geschäften die indirekt verpflichtende Kraft des modus zur direkt verpflichtenden gesteigert.

260) Auf das öffentliche Recht, das *Stahl* a. a. O. ebenfalls in den Kreis seiner Betrachtung gezogen hat, lasse ich mich hier nicht ein.

2. Analytische Vereinfachung des Tatbestandes.

Vereinfachung des Tatbestandes im Interesse des Beweises. — Ausscheidung lösbarer Elemente in Form selbständiger Begriffe und Verhältnisse — die abstrakte Eigentumsübertragung (doppelte Beurteilung desselben Aktes vom Standpunkt des Eigentums und der Obligation aus) — die abstrakte Obligation (die act. receptitia) — der abstrakte Rechtsträger (die juristische Person). — Anwendung des Grundsatzes in den Verhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts. — System der politischen Vitiosität. — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze.

Denique sit quodvis simplex duntaxat et unum.
Hor. ep. ad Pisones. v. 23.

LV. Die erfolgreiche Geltendmachung der Rechte hängt ab von dem Beweis ihres Tatbestandes, d. h. des Inbegriffs der Voraussetzungen, an welche das Gesetz die Entstehung derselben geknüpft hat. Der Beweis ist der Preis, um den die Rechte prozessualisch zu haben sind; je höher dieser Preis, d. h. je umständlicher, schwieriger der Beweis, um so mehr verringert sich der praktische Wert der Rechte, denn letzterer bestimmt sich, wie bei allen Dingen, nicht bloß nach ihrem Inhalt, ihrem Wert und ihrer Brauchbarkeit, sondern zugleich danach, welcher Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten erforderlich ist, um sich ihrer zu versichern. Möglichste Erleichterung des Beweises ist daher eine der wichtigsten Rücksichten, die der Gesetzgeber und die Wissenschaft bei der Gestaltung der Rechte zu nehmen haben; ein Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe wiegt für den Verkehr mehr, als die feinste innere Ausbildung und Zuspitzung der Rechtsbegriffe — die kostbarsten Güter sind wertlos, wenn die Kosten ihrer Erlangung den Gewinn verschlingen.

So einleuchtend diese Wahrheit ist, so viel fehlt doch, daß sie überall von der modernen Gesetzgebung und Wissenschaft in gebührender Weise berücksichtigt worden wäre, und man kann geradezu behaupten, daß der Fortschritt in bezug auf die innere Seite des Rechts nicht selten durch einen Rückschritt in bezug auf jene äußere Seite desselben erkauft worden ist. Unser heutiges

gemeines Recht steht in dieser Beziehung tief unter dem römischen — eine Behauptung, die ich hier ebensowenig weiter ausführen darf, als ich nötig haben werde, die ziemlich naheliegenden Gründe anzudeuten, in denen diese Erscheinung ihre Erklärung findet.

Die glückliche Lösung des obigen Problems hängt ab teils von einem allgemeinen Moment, der zweckmäßigen Gestaltung des Beweisverfahrens und der Beweislehre überhaupt, — teils von einem besondern, der Theorie der einzelnen Rechte angehörigen Moment: dem richtigen Zuschnitt ihres Tatbestandes (III. 327). Je komplizierter, umfänglicher der Tatbestand, je unbestimmter, vager die Erfordernisse, aus denen er zusammengesetzt ist, um so umständlicher, schwieriger der Beweis. Jedes dieser Erfordernisse leistet dem Gegner den Dienst einer offenen Schanze, die er durch bloßes Leugnen in Besitz nehmen kann, und aus der der Angreifende ihn erst mit vieler Mühe vertreiben muß. Durch ungeschickte Formulierung des Tatbestandes kann daher die Verfolgung der Rechte in bedenklichster Weise erschwert, durch geschickte in höchst wirksamer Weise erleichtert werden. Wer unser positives Recht unter diesem Gesichtspunkt prüfen will, wird eine reiche Ausbeute finden, reich genug, um eine höchst interessante und lehrreiche Abhandlung über die Kunst der zweckmäßigen Gestaltung des Tatbestandes zu schreiben. Daß sie bisher nicht geschrieben ist, gehört mit zur Signatur unserer modernen Rechtswissenschaft.

Überschlage ich im Geist die verschiedenen Hilfsmittel und Kunstgriffe, welche das römische Recht zum Zweck der Vereinfachung des Tatbestandes in Anwendung gebracht hat, so sind vorzugsweise zwei unter ihnen von prinzipieller Bedeutung: die Veräußerlichung des Tatbestandes, d. h. die Substituierung äußerer Kriterien und Erfordernisse an Stelle der innern — davon ist bereits früher (I. 53, III. 328) gehandelt — und die analytische Vereinfachung desselben — davon ist hier zu reden.

Das Wesen dieser letzteren Operation besteht darin, daß von

den zu irgend einem Verhältnis erforderlichen Momenten gewisse aus dem Tatbestand desselben ausgeschieden und in die Form besonderer selbständig wirkender Begriffe und Rechtsmittel gebracht werden. Die Gestalt, die das Rechtsverhältnis schließlich erhält, ist folgeweise nicht das Werk einer einzigen, sondern zweier Kräfte, von denen die eine sich in dieser, die andere in jener Richtung bewegt; die eine setzt und schafft, die andere beschränkt, negiert, ergänzt — ein Zusammenwirken von Kräften nach Art des Parallelogramms der Kräfte, bei dem jede Kraft in einer besonderen Richtung tätig ist, die Gesamtwirkung aber in der Diagonale stattfindet.

Man sieht, es ist dasselbe Verfahren, wie das im vorigen Paragraphen geschilderte, und in einigen Fällen, z. B. bei der abstrakten Obligation, trifft es sogar ganz zusammen. Aber Zweck und Motiv ist in beiden Verhältnissen ein verschiedenes. Daß z. B. eine wegen mangelhafter Kausa ungültige Eigentumsübertragung mit einer besondern Klage angefochten werden muß, daß ein im Widerspruch mit den Auspizien erlassenes Gesetz bis zu seiner Aufhebung gültig blieb — das hat mit dem Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtsbegriffe nichts gemein.

Die Idee der analytischen Vereinfachung des Tatbestandes beschränkte sich keineswegs auf das Privatrecht, ihre interessanteste, jedenfalls aber ihre wichtigste Anwendung fand sie auf dem Gebiete des geistlichen und öffentlichen Rechts, und es wird, um ein vollständiges Verständnis von ihr zu erlangen, nötig sein, sie auch in der letztern Richtung zu verfolgen. Wir beginnen mit dem Privatrecht.

Der Beweis eines auf derivativem Wege, d. i. durch Sukzession erlangten Eigentums löst sich auf in zwei besondere Beweise, den des Eigentums des Autors und den der Sukzession (Universal- oder Singularsukzession). Ist die Sache durch mehrere Hände hindurchgegangen, so vervielfacht sich der zweite Beweis in demselben Maße, als Sukzessionsfälle stattgefunden haben. Der erste ist stets nur dadurch zu erbringen, daß in der Person

des näheren oder entfernteren Vorgängers eine Entstehung des Eigentums auf originärem Wege dargetan wird. In der ersten Beziehung genügt es nicht, nachzuweisen, daß der eine dem andern die Sache *tradiert* habe — denn die Tradition als solche überträgt bloß *Besitz* —, es muß vielmehr dargetan werden, daß sie zum Zweck der *Eigentumsübertragung* erfolgt ist; das Geschäft, aus dem sich dies ergibt, muß also angegeben und bewiesen werden; war dasselbe ein Kaufkontrakt, außerdem noch die Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises, da letztere bei diesem Geschäft die Voraussetzung des Eigentumsübergangs bildet. Welche Schwierigkeit des Beweises! Ist es dem Beweisführer auch gelungen, alle die früheren Inhaber bis zum originären Eigentümer, dem Fabrikanten, Produzenten, Okkupanten, Usukapienten, ausfindig zu machen und das Sukzessionsverhältnis zu konstatieren, so hat er bei jedem erst noch zu ermitteln, wie hoch der Kaufpreis sich belief, und ob er bezahlt oder kreditiert worden ist. Ein einziges mangelndes Glied in dieser Kette, und die ganze Kette ist unterbrochen.

So hat also der Beweisführer die Sache bei allen ihren Irrfahrten und Sprüngen zu begleiten, ihren Lauf rückwärts bis zum ersten Ausgangspunkt zu verfolgen, kurz, ihre ganze Geschichte zu schreiben. Welche Zumutung! Wer gäbe nicht häufig lieber die Sache selber preis, als sich dieser Mühe zu unterziehen. Dazu gesellt sich noch ein anderer erschwerender Umstand. Steht einmal die Eigentumsübertragung in Abhängigkeit von dem Geschäft, dessen Ausführung sie enthält, so muß notwendigerweise ein Ungültigkeitsgrund, der letzteres betrifft, z. B. Betrug, Zwang, Irrtum, seinen Einfluß auch auf sie erstrecken, d. h. solange nicht die Usukapion diesen Mangel in der Person irgend eines Inhabers geheilt hat, bis in die entferntesten Hände hinein nachwirken.

Welche unpraktische Gestalt des Eigentums, welcher Aufwand von Mühe und Kosten, und trotzdem, oder gerade darum, wie naheliegend die Gefahr, daß das Eigentum sich in dieser

langen Schleppe, die es nach sich zieht, verwickele und zu Falle komme. Es ist nicht dieses Orts zu zeigen, welche verschiedenen Mittel das römische Recht in Anwendung gebracht hat, um jene Schwierigkeiten zu verringern.[261]) Wir beschränken uns auf ein einziges, aber allerdings sehr ausgiebiges, die analytische Ausscheidung des Kausalmoments bei der Eigentumsübertragung, und zwar lassen wir dabei die Tradition ganz außer acht, aus Gründen, die seinerzeit erhellen werden,[262]) so daß also nur die mancipatio und in jure cessio zur Betrachtung übrig bleiben.

Das juristische Wesen beider Geschäfte läßt sich mit dem Begriff der abstrakten Eigentumsübertragung wiedergeben — einer Eigentumsübertragung, die von ihrem Kausalmoment sich frei gemacht, abstrahiert hat. Das Kausalmoment hat eine große Ähnlichkeit mit dem Motiv, unterscheidet sich aber wesentlich von demselben. Das Motiv ist etwas für die juristische Charakteristik des Geschäftes völlig Unwesentliches. Ob jemand kauft, weil er die Sache nötig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Verdienst zuwenden will, ob er schenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, ist völlig gleichgültig, der Kaufkontrakt, die Schenkung als solche ist eine juristisch völlig verständliche Tatsache, welche die Frage nach dem Warum in einem Juristen gar nicht hervorruft. Ganz anders bei der Eigentumsübertragung. Der Zweck oder Grund, dessentwegen sie erfolgt, ist nicht bloßes Motiv, etwas in der subjektiven Innerlichkeit beschlossenes, was jede Partei für sich behalten kann, sondern es ist ein Element des

261) Usukapion, act. Publiciana, interd. utrubi, Erfordernis der Angabe der causa von seiten des Beklagten im ältern Vindikationsprozeß (S. 89).

262) S. die Theorie der Rechte, wo der Nachweis versucht werden wird, daß das Vindikationseigentum, von dem hier allein die Rede ist (dominium ex jure Quiritium), ursprünglich auf res mancipi beschränkt war. Die Struktur der Tradition, die ihre Kraft als Eigentumsübertragungsform für res nec mancipi erst im neuern Recht erhalten hat, weicht von der mancipatio und in jure cessio nicht unerheblich ab.

Geschäfts selbst, über das beide Parteien einverstanden sind, eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen spezifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe usw. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal. Wird dieses Moment uns vorenthalten oder richtiger einer separaten Untersuchung überwiesen, so fehlt uns etwas zum vollen Verständnis des Akts; auf die Frage: Warum? gibt er uns keine Antwort, unser Urteil über ihn kann daher nur ein einseitiges sein. Eben diese Einseitigkeit ist aber der Zweck dieser ganzen Manipulation, die Eigentumsübertragung soll lediglich danach beurteilt werden, ob, ganz abgesehen von all dem andern, was die Parteien sonst noch wollten, eine Eigentumsübertragung beabsichtigt war, m. a. W., es soll lediglich der abstrakte Eigentumsübertragungswille ermittelt werden. Jene beiden Akte stellen uns demnach den Eigentumswillen dar in seiner absoluten Isolierung, seiner auf dem Wege der juristischen Analyse beschafften Reinigung von allem obligatorischen Beiwerk — um dieselbe zu beurteilen, braucht man nichts vom Obligationenrecht zu verstehen! —, sie sind Vorgänge, die sich ausschließlich auf dem Gebiete der Eigentumstheorie bewegen: reine Eigentumserwerbungsarten.

Das hohe Alter der mancipatio beweist, daß die Römer sich zu jener Höhe der Abstraktion, von der sie Zeugnis ablegt, schon früh aufgeschwungen haben. Der Form nach hält die mancipatio noch an dem Gedanken der Notwendigkeit des Kausalmoments bei der Eigentumsübertragung fest, denn sie motiviert dieselbe mittelst eines von der andern Seite sofort erfüllten Scheinkaufs (eaque mihi emta est hoc aere aeneaque libra) — eine Erscheinung, die sich bei der abstrakten Obligation, dem nexum und dem Literalkontrakt und bei unserem Wechsel in der früher üblich gewesenen Valutaklausel („Valuta erhalten") wiederholt. So legt also die mancipatio gewissermaßen durch ihre eigene Form das Geständnis ihrer Künstlichkeit ab, indem sie das Mo-

ment, von dem sie sich tatsächlich losreißt, ausdrücklich als berechtigtes anerkennt.

In der in jure cessio ist selbst diese rein äußerliche Reminiszenz an das Kausalmoment überwunden, sie ist auch der Form nach, was sie der Sache nach ist, ein reiner Eigentumsübertragungsakt, und bekundet auch dadurch ihr relativ jüngeres Alter (III. 553). Der Umstand, daß sie auch auf res nec mancipi, seitdem auf sie die reivindicatio übertragen war, Anwendung fand, gab das Mittel an die Hand, das die traditio versagte, um nämlich auch bei ihnen eine abstrakte Eigentumsübertragung vorzunehmen.[263])

Fragen wir nun, worin der praktische Nutzen der Ausscheidung des Kausalmoments bei jenen beiden Geschäften bestanden habe, so traf derselbe zunächst die Vereinfachung des Beweises bei der reivindicatio. Der Kläger war der Mühe überhoben, den Geschäften nachzuforschen, vermittelst deren die Sache aus der einen Hand in die andere gegangen war, und auch dem Beklagten waren alle Einwendungen, die er der etwaigen Ungültigkeit derselben hätte entnehmen können, abgeschnitten, m. a. W. das Kausalmoment der Eigentumsübertragung bildete kein Streitmaterial für die reivind., weder für den Hauptbeweis, noch für den indirekten Gegenbeweis.

Der zweite Vorteil lag in folgendem. Die Form, in der das Kausalmoment seine Verwendung fand, war die einer auf die beiden, unmittelbar durch das betreffende Geschäft in Verbindung gesetzten Personen beschränkten, d. h. persönlichen Klage (der Kontraktsklage oder der Kondiktionen wegen mangelhafter oder nicht erfolgter causa). War also das Eigentum z. B. unter einer Voraussetzung übertragen worden, die von Anfang an nicht vorhanden gewesen oder späterhin nicht eingetreten war, so gewährte dieser Umstand zwar dem Geber eine condictio ob cau-

263) Ein zur Erklärung der Tatsache, daß man sich bei res nec mancipi statt der bequemeren Tradition der Abtretung vor Gericht bediente, nicht unwichtiger Umstand.

sam datorum, um damit den erfolgten Eigentumsübergang wieder rückgängig zu machen, aber wohl zu beachten: nur gegen den Empfänger — das Eigentum selber ward dadurch nicht berührt, es ging frei aus der einen Hand in die andere. Dieser Mechanismus, den das spätere Recht im wesentlichen auch für die Eigentumsübertragung durch Tradition beibehalten hat, ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums. Man würde sich irren, wenn man die Gestalt der Sache als etwas sich von selbst Verstehendes betrachten wollte; das spätere Recht lehrt das Gegenteil. Letzteres hat nämlich in einigen Ausnahmefällen den entgegengesetzten Weg eingeschlagen, so z. B. bei der act. quod metus causa, bei der restitutio in integrum der Minderjährigen,[264]) bei der Resolutivbedingung, wenigstens in gewissen Verhältnissen.[265]) Der Fehler, der dem Eigentum von seiner Geburt her anhaftet, wird hier nie überwunden, das Eigentum ist als ein krankes, sieches zur Welt gekommen; in dem durch seine mangelhafte Begründung bewirkten Fehler trägt es den Todeskeim in sich, der, wie spät und wo er sich auch entfaltet, dem Eigentum den Untergang bereitet und damit den

---

264) L. 13 § 1 de minor. (4. 4) . . adversus rei possessorem, licet cum eo non sit contractum. L. 14 ibid. — L. 9 pr. ibid. L. 1 Cod. si adv. vend. (2. 27). (Nicht bei der rest. majorum, wie man aus L. 30 § 1 ex q. c. maj. [4. 6] abnehmen will.) — L. 58 de re jud. (42. 1).

265) Dazu würden sich noch manche Fälle der reivind. utilis gesellen, wenn die herrschende Lehre richtig wäre. In meinen Augen ist die Resolutivbedingung in ihrer modern römischen Gestalt (Jahrb. X. S. 570 fl.), d. h. als dinglich geschützter Vertrag vom legislativen Standpunkt aus einer der verwerflichsten Rechtsmechanismen, die es gibt; die Form, die ihr gebührt, und die sie stets hätte behalten sollen, ist die des persönlichen Anspruchs (Kontraktsklage oder cond. causa data causa non secuta). In ihrer modern-römischen Gestalt schließt sie eine große Gefahr für das Eigentum und eine ergiebige Quelle bedenklichster Verwirrung in sich. Freilich wiederholt sie sich, und zwar wie es scheint, unabhängig vom römischen Recht, auch im englischen, s. Gundermann, Engl. Privatr. I. S. 241.

Unschuldigen, den spätesten Nachmann, mit in die Verwicklung und den Schaden hineinzieht.

Solche dem Eigentum auf allen seinen Wegen nachschleichende Rückforderungs- und Anfechtungsklagen waren dem ältern Recht völlig fremd. Das altrömische Eigentum ist gesund und kräftig, wie alle Institute des ältern Rechts, und gegen jede Beeinflussung durch irgend einen bei seiner Begründung vorgekommenen Fehler gesichert. All der Ansteckungsstoff, der ihm auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in die Form der persönlichen Klagen, d. h. das Anfechtungsmaterial, das aus der Art, wie das Eigentum im einzelnen Fall entsteht, sich ergibt, bleibt bei den zwei sich unmittelbar gegenüberstehenden Personen zurück, das Eigentum selber aber wandelt unversehrt und intakt von einer Hand in die andere. Der Eigentümer leidet nicht unter dem, was der Käufer verschuldet hat. Den Kondiktionen wegen Mangels in der causa, die den Krankheitsstoff in sich aufnehmen, verdankt das altrömische Eigentum seine Kraft, Gesundheit, Sicherheit.

Diese Selbständigkeit der Eigentumsfrage verleugnete sich selbst für das Verhältnis der unmittelbar gegenüberstehenden Parteien nicht, d. h. auch in dem zwischen ihnen obschwebenden Vindikationsprozeß fand nach den in § 52 entwickelten Grundsätzen das auf die Eigentumsübertragung bezügliche Anfechtungsmaterial keine Berücksichtigung. Gleichzeitig mit dem einen Prozeß konnte freilich zugleich der andere instruiert und möglicherweise dafür derselbe Richter bestellt werden. In beiden Prozessen handelte es sich um denselben äußern Akt, aber der Standpunkt der Betrachtung war hier und dort ein völlig verschiedener, in dem einen war es der des Eigentums, in dem andern der der Obligation, und es war daher durchaus nichts Widersprechendes, daß der Richter einen und denselben Akt der Eigentumsübertragung vom ersteren Standpunkt aus für vollkommen wirksam, vom letzteren aus für anfechtbar erklärte. Diese Möglichkeit der Duplizität der Beurteilung eines und desselben Aktes von verschiede-

nen rechtlichen Standpunkten involviert für den Akt selber eine Duplizität seines juristischen Charakters, und der Jurist kann diese Anschauung vom möglichen Doppelcharakter der juristischen Tatsachen nicht genug in sich ausbilden. Jedes Geben — und ganz dasselbe gilt von jeder Vermögenszuwendung (z. B. der Bestellung einer Servitut, der Zession, Novation usw.) — trägt einen doppelten juristischen Charakter an sich und ist daher von dem, der genau sprechen will, auch mit verschiedenen Namen zu bezeichnen. Derselbe Akt, der in der einen Qualität den Namen mancipatio, traditio führt, heißt in der andern solutio, indebiti solutio, donatio, mutuum usw. In der einen Richtung kann er bestehen, in der andern nicht; derselbe Richter, der den Akt als gültige Eigentumsübertragung anerkannt und geschützt hat, kann ihn als ungültige solutio reszindieren, d. h. die *Verpflichtung* zur Rückübertragung des Eigentums aussprechen (nicht das *Eigentum* selbst aufheben), so wie er umgekehrt auch zu dem Resultat gelangen kann, daß der Schuldner alles, was ihm oblag, getan hat, obschon der Übergang des Eigentums noch nicht bewerkstelligt ist.[265a])

Der Gedanke der Ausscheidung des Kausalmoments, den wir soeben für das Eigentum entwickelt haben, wiederholte sich auch für das alte Obligationenrecht; die abstrakte Eigentumsübertragung fand in der *abstrakten Obligation* ihr würdiges Sei-

---

265a) Beispiele des ersteren Falles bieten unsere Quellen in Menge; außer den bekannten der condictio indebiti, sine causa usw. s. Gaj. II. 84: si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur. Über den zweiten Fall s. L. 55 de cond. (35. 1), welche eine als Bedingung des Legats gesetzte Zahlung an einen Unfähigen zum Gegenstand hat: conditioni parere debet et ducenta dare ... licet nummos non faciat accipientis. Das Auseinanderhalten der Tradition und Zahlung im letzteren Fall ist insbesondere wichtig für die richtige Beurteilung des Falls, wenn der Schuldner auftragsmäßig die Sache abgesandt hat, ohne daß dieselbe schon in den Besitz des Gläubigers gelangt ist; gewöhnlich wirft man hier beide Begriffe durcheinander, s. dagegen meine Ausführung in meinen Jahrbüchern IV. S. 419 fl.

tenstück.[265b]) Auch sie war ein Kunstprodukt, kein Mensch verspricht ein „dare oportere", ohne sich darüber klar zu sein, ob er dies tut, um zu schenken, zu novieren, eine Gegenleistung hervorzurufen usw., und auch bei ihr fiel dieser Grund oder Zweck des Versprechens nicht unter den Gesichtspunkt eines bloßen Motivs, sondern unter den oben entwickelten Begriff des Kausalmoments, d. h. eines zum vollen Verständnis des Vorgangs unentbehrlichen Umstandes. Die Ausscheidung desselben hat daher bei ihr ganz dieselbe Bedeutung, wie bei der Eigentumsübertragung; indem sie die Fäden, mit denen das Verhältnis am Boden festhängt, löst, hebt sie dasselbe auf eine künstliche Höhe abstrakter Existenz und verweist das Zurückgebliebene in die Form besonderer Klagen.

Bei der Obligation ist dies Verfahren noch um einen Grad künstlicher als beim Eigentum. Bei letzterem sind die beiden Elemente, die sich trennen, systematisch verschiedener Art: Eigentum und Obligation, bei der Obligation sind sie von einer und derselben Art. In welchem Maße übrigens auch bei ihr diese Trennung indiziert ist und durch die Macht der Dinge gefordert wird, lehrt der Umstand, daß die abstrakte Obligation sich zu allen Zeiten und auf allen Stufen der Rechtsentwicklung wiederholt, im ältesten Rom wie im Mittelalter und in der Gegenwart, trotz des Widerstandes, den Gesetzgebung und Theorie — meiner Überzeugung nach aus unzureichenden Gründen — ihr nicht selten entgegengesetzt haben.[266]) Ich werde nicht nötig haben, das,

---

265b) Im heutigen Recht ist noch das abstrakte Pfandrecht hinzugekommen, welches in derselben Weise von dem Erfordernis der Schuld abstrahiert (bzw. die Geltendmachung desselben in die Form der condictio verweist), wie die abstrakte Obligation von dem des Schuldgrundes; ein solches Pfandrecht ist eine (negativ durch Nichtablösung bedingte) Realanweisung auf den ganzen oder teilweisen Wert einer Sache und kann ebensowohl credendi als donandi als solvendi causa erteilt worden sein.

266) z. B. Justinian (Note 166). Ein Beispiel aus neuester Zeit bietet der Begriff der Anerkennung, dessen Ausbreitung und Einbürgerung in unserer Praxis schwerlich durch theoretische Bedenken aufgehalten wird.

was oben (S. 212) über den praktischen Nutzen dieser Operation beim Eigentum gesagt ist, in spezieller Anwendung auf die Obligation zu wiederholen. Nur eine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. Es könnte nämlich scheinen, als ob der dort hervorgehobene zweite Vorteil auf die Obligation keine Anwendung fände, indem letztere sich nicht gleich dem Eigentum, um mich so auszudrücken, auf die Wanderschaft begeben kann, vielmehr stets auf die ursprünglich sich gegenüberstehenden Personen beschränkt bleiben müßte. Diese Vorstellung ist eine irrige. Das Gegenteil lehrt nicht bloß unser moderner Wechsel, dessen Zirkulationsfähigkeit der des Eigentums nichts nachgibt, sondern auch die römische Obligation bei Gelegenheit der Delegation. Wie das Kausalmoment des Eigentums bei dem Übergang desselben in eine zweite Hand zurückbleibt in dem Rechtsverhältnis des Gebers und Empfängers, so in gleichem Fall das des Wechsels in dem des Ausstellers und ersten Nehmers, das der ursprünglichen Obligation in dem des Deleganten und Delegaten — Eigentum, Wechsel, Obligation gehen frei und rein in die zweite und folgende Hand über![267])

Die Formen, in denen der Begriff der abstrakten Obligation im römischen Recht sich verwirklicht hat, sind das Nexum, der Literalkontrakt, die Stipulation und eine vierte problematische Form. Die beiden ersten korrespondieren der mancipatio, sie tragen das Kausalmoment, das sie der Sache nach ausgeschieden haben, als Formelement noch in sich, indem sie nämlich die

267) Über die Delegation s. L. 12 de novat. (46. 2) . . Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit, sed is qui delegavit, tenetur condictione caet. L. 19 ibid. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est, idemque est in ceteris similibus exceptionibus. L. 78 § 5 de J. D. (23. 3). Die neueren Juristen ließen eine Ausnahme zu, die sich aber auch beim Eigentum wiederholt, nämlich wenn der Übergang in die zweite Hand auf Grund einer Schenkung erfolgt war. Vgl. L. 7 pr. de doli exc. (44. 4) mit L. 4 § 29 ibid.

Verpflichtung des Schuldners durch die Fiktion eines Darlehns motivieren. Beim Nexum geschieht dies nach Art der mancipatio in plastischer Weise mittelst scheinbaren Zuwägens des Geldes, beim Literalkontrakt hat sich die Imitation des Darlehns nach Art der Valutaklausel beim Wechsel zu einer bloßen schriftlichen Beurkundung desselben in den Hausbüchern (acceptum und expensum ferre) abgeschwächt. Erst in der Stipulation erreicht die abstrakte Obligation die Höhe, welche die abstrakte Eigentumsübertragung in der in iure cessio erstiegen hat, d. h. auch die wirkliche oder fiktive Anknüpfung an ein ihr unterliegendes Geschäft ist verschwunden — ein Fortschritt in der Form, wie bei unserm Wechsel der durch die deutsche Wechselordnung stillschweigend angeordnete Wegfall der Valutaklausel. Nur bei der Aufhebung der Stipulationsschuld durch acceptilatio repetiert der obige Gedanke, von dem die Stipulation selber sich bereits frei gemacht hat; Frage und Antwort lauten nicht auf dare non oportere, sondern gleich dem heutigen Schulderlaß mittelst Quittierung auf „acceptum habere".

Zu den bisher genannten Formen der abstrakten Obligation, von denen die beiden ersteren im neuern Recht völlig verschwunden, die dritte aber, wenn auch äußerlich beibehalten, doch durch Zulassung des Kausalmoments in Form der exceptio doli ihren ursprünglichen Charakter gänzlich eingebüßt hat, gesellte sich noch im neuern Recht eine andere hinzu, über die wir aber allerdings wenig wissen. Aus der Konstitution, in der Justinian die actio receptitia für den gewöhnlichen Verkehr außer Anwendung setzte und passiv auf Bankiers und Kaufleute beschränkte,[267a]) geht so viel mit aller Sicherheit hervor, daß die Idee der abstrakten Obligation in ihr zur vollsten Verwirklichung gelangt war, denn das, was er ihr zum Vorwurf macht, daß nämlich der Schuldner, trotz der Einwendungen und Gegenansprüche, die ihm zu Gebote stan-

267a) In Anwendung auf ihre Schuldbekenntnisse (si indefense constituerint) soll es nämlich beim alten bleiben, d. h. es sollen die Grundsätze der act. receptitia zur Anwendung kommen.

den, vorläufig habe zahlen und, um zu seinem Recht zu kommen, den Weg der Klage habe einschlagen müssen,[268]) gerade das enthält das charakteristische Merkmal der abstrakten Obligation. Das Aufkommen dieser jüngsten Form liefert einen abermaligen Beweis für die Unentbehrlichkeit der abstrakten Obligation. Seiner bisherigen Formen teils schlechthin, teils durch gänzliche Abschwächung derselben beraubt, schuf der Gedanke der abstrakten Obligation sich eine neue, bis Justinian auch diese dem allgemeinen Gebrauch verschloß und damit den modernen Verkehr nötigte, im Wechsel abermals eine andere an die Stelle zu setzen. Welcher Art jene Form war, ob bloß schriftlich oder auch mündlich,[269]) ob es dabei solenner Worte bedurfte,[270]) ob sie auf Geldschulden beschränkt war oder sich auch auf andere Sachen erstreckte,[270a])

268) Die entscheidenden Worte der L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) sind bereits in Note 166 mitgeteilt. Das einzige Zeugnis außer dieser Konstitution hat uns Theophilus IV. 6 § 8 erhalten. S. auch oben Note 28.

269) Theophilus l. c.: τραπεζίτου ἀντιφωνήσαντος (constituente) und L. 2 § 2 Cod. cit. indefense (ohne Verteidigung, d. h. mit Aufgebung aller Einreden, schlechthin, abstrakt) constituerint geben darüber keine Auskunft.

270) So manche, z. B. Bruns, Zeitschr. f. R. G. I. S. 86, Kuntze, Exkurse S. 496, und es hat die Wahrscheinlichkeit für sich. Ob auch diese Form auf den Gesichtspunkt der Zurückforderung eines Gegebenen gebaut war, dafür möchte der Ausdruck: recipere kein Argument gewähren, denn das recipere ist hier nicht vom Gläubiger gebraucht, der das Gegebene zurücknimmt, wie bei der dos receptitia, sondern vom Schuldner, der die Verpflichtung auf sich genommen hat. Recipere kommt bei nichtjuristischen Schriftstellern teils allein (in se, ad se oder recipere schlechthin), teils in Verbindung mit promitto, polliceor, dico, spondeo gar nicht selten für Übernahme einer Verpflichtung vor (vorzugsweise einer fremden, so auch in L. 8 § 1 ad SC. Vell. 16. 1, jedoch auch für originäre Verpflichtung, z. B. Cic. ad fam. V. 8, 5 u. a. St.), auch substantivisch: receptum et promissum. Plaut. mil. glor. II. 2, 74. Terent. Heaut. V. 5, 12. Liv. XXXIII. 13 i. f. Cic. ad fam. XI. 1, 4. XIII. 10. 3. XIII. 17, 3. ad Att. XIII. 1, 2. Cic. Phil. II. 32, 79. V. 18, 51. Ein technischer Ausdruck scheint es nie gewesen zu sein.

270a) Rudorff, De jurisdictione edictum p. 107 stellt seinen Formelentwurf der Klage auf einen fundus, allein in L. un. Cod. cit. pr. folgt

darüber will ich mich aller Hypotheſen enthalten. Dagegen kann ich es mir nicht verſagen, über das ökonomiſche Motiv und die praktiſche Beſtimmung dieſer eigentümlichen Obligationsart eine Vermutung zu äußern. Das Bedürfnis, das im Mittelalter den Wechſel hervorrief, die Beſchaffung von auswärtigen Geldzahlungen in der Landesmünze, mußte ſich in der Zeit des Welthandels auch in Rom fühlbar machen.[271] Die Verbindungen, welche die Publikanen, die Bankiers der römiſchen Welt, auf allen Plätzen der Erde unterhielten, boten zu dem Zweck ein vielleicht noch bequemeres und zuverläſſigeres Mittel, als die der Kampſaboren des Mittelalters. So vermittelte z. B. Attikus für Cicero die Übermachung einer Summe, die letzterer ſeinem in Athen ſtudierenden Sohn zugedacht hatte; das Geld ward in Rom eingezahlt und in Athen in Landesmünze ausgezahlt.[272] Daß die praktiſchen Römer für dieſen Zweck auch das richtige Mittel gefunden haben werden, d. h. eine Form, die nicht bloß dem Einzahler des Geldes, ſondern auch dem Deſtinatär ein Klagerecht verſchaffte, darüber bin ich meinerſeits wenigſtens nicht zweifelhaft. Ohne nun andere mögliche Formen abzuweiſen, wie z. B. die chirografa und syngrafae der Peregrinen,[273] ſo möchte ich die Vermutung aufſtellen, daß die act. receptitia in dem angegebenen Zweck oder ſagen wir geradezu in den Bedürfniſſen des römiſchen Wechſelverkehrs ihre eigentliche Entſtehung und Beſtimmung gefunden habe. So würde es ſich erklären, daß Juſtinian, um unſern Vergleich mit dem Wechſel weiter fortzuführen, die paſſive Wechſelfähigkeit auf diejenigen Perſonen beſchränkte, welche durch ihr Geſchäft und ihre Verbindungen die geeigneten

auf das „res exigebatur“ „res indebitas consequi“ hinterher „pecunias indebitas“

271) Verſchiedenheit des Wechſelkurſes nach Verſchiedenheit der Plätze: L. 3 de eo, quod. certo (13. 4); Ausgleichung mittelſt der act. arbitraria de eo quod certo loco.

272) Cic. ad Att. XV. 15, 4: Cures, ut permutetur Athenas, quod sit in annuum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit.

273) Gaj. III. 134: quod genus proprium peregrinorum est.

Vermittler des Wechselverkehrs waren: Geldwechsler (argenti distractores) und Handelsleute (alii negotiatores). So ferner die Erscheinung, daß gerade in diesem Verhältnis, für welches die strenge Durchführung des Begriffs der abstrakten Obligation allerdings eine Lebensfrage war, sich eine Strenge zu erhalten vermochte, die das römische Recht für den gewöhnlichen Verkehr verworfen hatte. Der formelle Charakter der Klage (solennibus verbis composita) erhöht die Ähnlichkeit mit unserem modernen Wechsel. In unserer heutigen Sprache ausgedrückt, würde danach der Inhalt der justinianischen Verfügung sich dahin angeben lassen: die passive Wechselfähigkeit ist auf Wechsler und Kaufleute beschränkt, die Schuldverschreibungen des gewöhnlichen Lebens sollen nicht in die Form von Wechseln gebracht werden.

Die beiden bisher betrachteten Verhältnisse, die abstrakte Eigentumsübertragung und die abstrakte Obligation, enthalten die Hauptfälle, in denen der Gedanke der analytischen Vereinfachung des Tatbestandes im ältern Recht zur Verwirklichung gelangte, aber keineswegs die einzigen. Es möge mir erlaubt sein, noch einen dritten Fall hervorzuheben, bei dem die Beziehung zu unserem Gesichtspunkt ungleich versteckter ist.

In Verhältnissen gemeinschaftlicher Berechtigung und Verpflichtung wird die Verfolgung der Rechte und Verbindlichkeiten in eben dem Maße erschwert, als die Zahl der Interessenten wächst,[273a]) doppelt, wenn gar der Kreis dieser Personen dem beständigen Wechsel ausgesetzt, oder das Teilverhältnis, in dem sie an den Rechten und Pflichten partizipieren, ein unsicheres, schwankendes ist. Für sie selber zwar, wenn sie klagend auftreten wollen, ist die Schwierigkeit nicht so erheblich, teils weil sie selber ihr inneres Verhältnis kennen, teils weil sie sich durch einen gemeinsamen Stellvertreter vertreten lassen können. Anders aber

---

273a) Aequum enim Aedilibus visum est vel in unum ex his ... actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare, L. 44 § 1 de aed. act. (21. 1).

für den Dritten, der sie belangen will. Für ihn, den außen Stehenden, ist es ungleich mühsamer und oft geradezu unmöglich, das Teilverhältnis, das er ja bei jedem Beklagten in der Klage angeben muß, zu ermitteln, und der beste, unzweifelhafteste Anspruch würde, wenn dieser Schwierigkeit nicht abzuhelfen wäre, nur zu oft an dieser Klippe zerschellen. Das Mittel, dieser Schwierigkeit zu begegnen, ist durch die Sache selber in dem Maße vorgezeichnet, daß es sich überall unter den verschiedensten Verhältnissen und zu den verschiedensten Zeiten wiederholt. Es besteht einfach in einer Anwendung unseres obigen Gesichtspunktes der analytischen Vereinfachung des Tatbestandes, nämlich in der Ausscheidung jener unbequemen Frage, wie das der Gesamtgemeinschaft an sich zustehende Recht oder die auf ihr lastende Verbindlichkeit im Innern derselben sich unter die Mitglieder verteile? kurz in der Ausscheidung der innern Seite des Verhältnisses und der Beschränkung auf die äußere Seite, d. h. der Frage von der Existenz des Anspruchs zwischen der Gemeinschaft auf der einen und dem Dritten auf der andern Seite. Technisch wird diese Ausscheidung der subjektiven Seite des Verhältnisses dadurch vermittelt, daß ein künstlicher Träger desselben aufgestellt wird, der nach außen als Subjekt figuriert. In Wirklichkeit ist dieser Rechtsträger nichts als ein Figurant, ein bloßer Mechanismus, um in bequemer Weise die Beziehungen der Gemeinschaft nach außen hin zu vermitteln; nach innen hin ist nicht er der Berechtigte, sondern die Gemeinschaftsinteressenten, die hinter ihm stehen, und denen er bloß als Leitapparat dient. Nach außen hin aber nimmt er durchaus die Stellung des wirklich Berechtigten und Verpflichteten ein, er ist es, der klagt und beklagt wird, der die Rechtsgeschäfte abschließt und ausführt. Seine Stellung ist also keineswegs die eines gewöhnlichen Bevollmächtigten, damit würden die obigen Schwierigkeiten nicht umgangen, denn der Bevollmächtigte, der nicht das eigene, sondern das Recht seiner Mandanten geltend macht, wird durch den ihm obliegenden Nachweis seiner Vollmacht stets auf das innere Teilhaberverhältnis

zurückgeworfen, ganz abgesehen von der prekären, durch Tod und Widerruf jederzeit löslichen Natur dieser Form. Wirklich abgeschnitten werden diese Schwierigkeiten nur dadurch, daß man diese Mittelsperson nach außen hin zum Subjekt des Rechts stempelt.

Diese Figur des Rechtsträgers wiederholt sich teils zu dem angegebenen, teils zu andern Zwecken überall.[274]) Das Interesse, das sie der juristischen Betrachtung darbietet, ist mit dem Gesichtspunkt, unter dem wir sie hier zu betrachten haben, keineswegs erschöpft;[275]) an dieser Stelle haben wir uns auf letzteren zu beschränken.

Die Form, in der der Rechtsträger in Anwendung auf den obigen Zweck im altrömischen Recht auftritt, ist eine doppelte. Die eine besteht darin, daß *jeder Teilhaber* nach außen hin die Rolle des Rechtsträgers auf sich nimmt, was nur bei obligatorischen Verhältnissen möglich ist, indem nur die Obligation sich aktiv und passiv beliebig in solidum vervielfältigen läßt. Dies war, wie es scheint, die eigentliche Bestimmung der *Korrealobligation*. Die mehreren Gemeinschaftsinteressenten schlossen den Kontrakt in solidum ab, im Fall einer Stipulation promittierte und stipulierte jeder (correi stipulandi, promittendi), oder sie bedienten sich zu dem Zweck eines gemeinsamen Sklaven.[276]) So ward jeder von ihnen Schuldner und Gläubiger, und wie auch ihr Verhältnis im Innern beschaffen war, oder sich im Lauf der Zeit gestalten mochte, für das Verhältnis nach außen hin verschlug dies nichts.

Die geschilderte Form reichte bei einer kleinen Zahl der Teil-

274) Man denke z. B. an den Prodominus, Provasallen im Lehnrecht, den Lehnsträger bei der Gesamtbelehnung; L. 4 § 9 de fid. lib. (40. 5) .. creare unum ex creditoribus, cui caveatur omnium nomine.

275) Das Weitere s. in der Theorie der Rechte bei Gelegenheit des Verhältnisses des Rechts zum Interesse.

276) Sowohl *aktiv*: L. 29 de stip. verv. (45. 3) als *passiv*, indem sie ihm einen Auftrag erteilten oder bei einem Handelsgeschäft ihn als institor bestellten, in welchem Fall die Forderung mit der actio quod jussu oder institoria gegen jeden von ihnen in solidum eingeklagt werden konnte.

nehmer aus, bei ganzen Gemeinden, bei Korporationen, bei den Gesellschaften der Publikanen enthielt sie eine Unmöglichkeit. Hier bedurfte es einer andern Form, und dies ist der bekannte Mechanismus der juristischen Person. In welcher Weise sich die Römer diesen Begriff juristisch gedacht haben, ob bereits in jener ganz abstrakten, über das Praktische des Verhältnisses so leicht irreführenden Weise, die uns heutzutage zur zweiten Natur geworden ist, mag hier dahingestellt bleiben; für unsern Zweck genügt es, zwei Sätze auszusprechen, in denen das eigentlich praktische Wesen dieses Begriffs, das über jener rein doktrinären Fage nur zu oft übersehen wird, beschlossen liegt.[276a]) Das ist *erstens* der Satz, daß nach *innen* hin die einzelnen Mitglieder der juristischen Person die Berechtigten sind — eine Behauptung, die ich zwar erst an anderer Stelle (§ 61 Note 466 fl.) rationell begründen kann, für die aber hier schon die Verweisung auf die Publikanenvereine, von denen schwerlich jemand das Gegenteil annehmen wird, als Illustration dienen mag. *Zweitens* der Satz, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder nach Maßgabe ihres Anteilsverhältnisses als Subjekte des Rechts auftreten, sondern die als Trägerin aller Teilrechte, als Inbegriff aller berechtigten Personen gedachte Gesamtheit. Faßt man beide Sätze zusammen, so gelangt man zu dem Resultat, daß der hier zur Anwendung gelangende Mechanismus technisch ganz derselbe ist, wie in dem obigen Verhältnis eines physischen Rechtsträgers, nur daß der Rechtsträger in dem einen Fall eine leibliche, in dem andern eine bloß begriffliche Existenz hat. Entkleidet man das Verhältnis von dieser seiner technischen Form, so bleibt als realer Kern übrig: Geltendmachung von Ansprüchen gewisser berechtigter Personen ohne Nennung ihres Namens, mit Vorenthaltung des internen

276a) In der jüngsten Zeit ist freilich das wahre Wesen der juristischen Personen gegenüber den ungesunden Abstraktionen der früheren Doktrin mehr und mehr erkannt, s. vor allem *Unger* in der Krit. Überschau VI. S. 147 fl. *Bähr*, Der Rechtsstaat S. 28—30 und *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten § 226 fl.

Verhältnisses der Berechtigten, der subjektiven Seite des Rechts; die Klage wird erhoben für die „Berechtigten", wer sie auch seien (persona incerta), für diejenigen, „welche es angeht", juristische Person im prozessualischen Sinn ist nur ein anderer Ausdruck für die zeitweiligen, des nähern nicht angegebenen „Interessenten".

So reduziert sich demnach der Kunstgriff, der bei der juristischen Person zur Anwendung gelangt, auf denselben Gedanken, wie bei der abstrakten Eigentumsübertragung und Obligation: Vereinfachung des Tatbestandes auf analytischem Wege durch Ausscheidung eines für diesen bestimmten Zweck zu entbehrenden, im übrigen in der natürlichen Erscheinung des Verhältnisses aber nicht bloß stets vorhandenen, sondern für seine definitive juristische Gestaltung zugleich völlig unerläßlichen Moments. Alle drei Begriffe sind nichts als Kunstprodukte, Mechanismen zum Zweck der Erleichterung der Rechtsverfolgung.[277])

Die Frage vom Tatbestande ist keine ausschließlich privatrechtliche, sie wiederholt sich für alle Teile des Rechts, auch für das öffentliche Recht. Wie das Rechtsgeschäft, so ist auch das Gesetz, wie die Handlungen der Privatpersonen, so sind auch die der öffentlichen Behörden an gewisse Bedingungen geknüpft, deren Nichtdasein ihre verpflichtende Kraft ausschließt. Um so viel höher die Sicherheit und Ordnung der öffentlichen Verhältnisse, das Interesse der gesamten Rechtsordnung über den Verhältnissen des Privatlebens steht, um so viel höher die Bedeutung, welche die richtige Lösung der Frage für das Staatsrecht hat, gegenüber der, die ihr für das Privatrecht zukommt. Sind die Erfordernisse, an welche der Tatbestand der politischen Akte und Einrichtungen geknüpft ist, nicht derart, daß sich ihr Dasein oder Nichtdasein

277) Was die juristischen Personen im übrigen sind, geht uns hier, wo es sich bloß um ihre Struktur vom privatrechtlichen Standpunkt der juristischen Technik aus handelt, nichts an.

auf den ersten Blick erkennen läßt, fordern sie den Zweifel heraus, setzen sie eine Untersuchung voraus, so schließt dies die größte Gefahr für die bürgerliche Gesellschaft, eine Quelle von Versuchungen und Gewissenskonflikten und vor allem einen Fluch für den seiner Stellung nach dadurch am meisten betroffenen Richter in sich. Die richtige Gestaltung des Tatbestandes für diese Verhältnisse ist daher eine politische Lebensfrage ersten Ranges. Untersuchen wir, wie das altrömische Staatsrecht dies Problem gelöst hat.

Wir knüpfen an einen bekannten historischen Fall an. Clodius hatte während seines Tribunats den Cicero in die Verbannung getrieben und dessen Haus konsekriert, beides in den dafür vorgeschriebenen Formen. Nachdem Cicero durch Volksbeschluß zurückgerufen war, bemühte er sich diese Konsekration rückgängig zu machen, indem er vor dem Pontifikalkollegium, welches darüber zu entscheiden hatte, die Nichtigkeit dieses Akts auszuführen versuchte. Der Weg, den er dabei einschlug, war folgender. Clodius, ein geborener Patrizier, hatte sich, um das nur den Plebejern zugängliche Tribunat zu erlangen, von einem Plebejer arrogieren und sodann wieder emanzipieren lassen. Cicero bestreitet nun die Gültigkeit dieses Akts aus verschiedenen Gründen. An dem Tage, wo die lex curiata über diese Arrogation erlassen, seien Himmelsbeobachtungen angestellt (servatum de coelo) — ein Hindernis für das agere cum populo —, das Altersverhältnis zwischen Clodius und dem Adoptivvater sei nicht das im Pontifikalrecht vorgeschriebene gewesen usw. Nachdem er dadurch die Nichtigkeit der Arrogation dagetan zu haben glaubt, schließt er weiter: war letztere nicht gültig, so ist Clodius nicht Plebejer, folglich auch nicht Volkstribun geworden, war er letzteres nicht, so sind alle Akte, die er in dieser Eigenschaft vorgenommen, mithin auch die durch ihn vollzogene Konsekration nichtig.[278])

278) Cic. de domo. Kurz zusammengefaßt findet sich die obige Deduktion wiederholt in seiner Rede de provinciis consularibus XIX. 45.

Die stillschweigende Voraussetzung, auf der diese ganze Deduktion beruht, ist eine doppelte, *erstens*: jeder Verstoß gegen das geistliche oder weltliche Recht begründet *Nichtigkeit* des Akts; *zweitens*: diese Nichtigkeit teilt sich allem mit, was auf Grundlage dieses Akts fernerhin vorgenommen wird. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Betrachtungsweise, die man als *System der absoluten politischen Nichtigkeit* bezeichnen könnte, einen gewissen doktrinären Schein hat, namentlich der zweite Satz, denn wie kann sich — möchte man sagen — Leben entwickeln aus einem *toten* Keim? Anderseits aber liegt es auf der Hand, daß sie mit dem Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit völlig unverträglich ist, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß die Römer am wenigsten das Volk waren, um die realen Zwecke und Anforderungen des Lebens dem Streben nach theoretischer Korrektheit zu opfern. Und nicht einmal das letztere Lob läßt sich jenem System nachrühmen; der Schein logischer Notwendigkeit, mit dem es sich umgibt, ist leerer Schein, wie denn überhaupt alles praktisch Verkehrte und Unbrauchbare nie das theoretisch Richtige sein kann.

Der Weg, den das altrömische Staatsrecht eingeschlagen hat, ist in der Tat ein ganz anderer — ein ebenso einfacher, wie logisch untadelhafter und praktisch richtiger.

Das geistliche Recht, das Fas, stellte bekanntlich für die Vornahme aller Akte des öffentlichen Lebens eine Menge von Erfordernissen auf: sie sollten nur vollzogen werden an gewissen Tagen, nur, wenn die Auspizien günstig ausgefallen, wenn keine drohenden Himmelserscheinungen vorgekommen usw. Wer würde nicht erwarten, daß, wenn irgendwo, so gerade bei diesen mit der Weihe göttlicher Sanktion bekleideten Vorschriften die Nichtbeachtung Nichtigkeit nach sich gezogen hätte? Aber auch das göttliche Gebot fügte sich in Rom den Rücksichten der praktischen Zweckmäßigkeit! Ein Augur oder im Felde der Pullarius hatte sich bei Einholung der Zeichen ein Versehen zuschulden kommen lassen oder gar absichtlich, um den Akt nicht zu verhindern, die

Wahrheit entstellt, der Beamte, der ihn zugezogen, wußte dies, nahm aber gleichwohl den beabsichtigten Akt vor. War derselbe nichtig? Nein! Die Beobachtung der Auspizien ist Sache des Augurn, seine Verpflichtung ist es, dabei nach den Gesetzen seiner Kunst zu verfahren, handelt er denselben zuwider, so ladet er die Schuld auf sein Haupt und leidet Strafe,[279]) aber den Magistrat kümmert dies nicht, er hält sich einfach an den Ausspruch des Technikers, ohne denselben einer weitern Prüfung zu unterziehen, dazu hat er weder das Recht,[280]) noch die Pflicht.[281]) Das Erfordernis günstiger Auspizien reduziert sich also juristisch lediglich auf die Verkündigung derselben (nuntiatum, Note 281). Nicht aber als ob die Römer das Wort an die Stelle der Sache gesetzt hätten[282]) — mit welchem Grunde hätte dies geschehen können? —, sondern weil der Magistrat, der dem Augurn die Prüfung der Auspizien übertragen hatte, das Urteil desselben ebenso zu respektieren hatte, wie der Prätor, der den judex bestellt hatte, das des letztern. Mit andern Worten: das Erfordernis der richtigen Beobachtung der Auspizien ist in die Form einer dem Augurn auferlegten Verpflichtung gebracht, es ist keine Anforderung für den Akt, durch den er das Dasein

279) Wenn er unvorsätzlich gehandelt hatte (piaculum commissum), so mußte er durch eine piacularis hostia expiiert werden (Varro de L. L. VI. 30), sonst traf ihn außer der Strafe des Himmels (Liv. X. 40) die nota censoria (Cic. de divin. I. 16, 29), die auch über die politischen Beamten in ähnlichen Fällen verhängt wurde (Gell. XIV. 7, 8), und sicherlich noch sonstige Strafe, die wenigstens für weltliche Beamte bei Verletzung dieser Vorschriften bezeugt ist (Cic. de div. II. 33, Val. Max. I. 4. 3).

280) Cic. Phil. II. 35, 88: ementita auspicia, quibus tamen parere necesse erat.

281) Liv. X. 40 .. si quid falsi nuntiat, in semet ipsum religionem recipit, mihi quidem tripudium nuntiatum, populo Romano exercituique egregium auspicium est; nicht entgegen Liv. XLI. 18 a. E.

282) So Danz, Sakraler Schutz S. 238 und Demelius, Die Rechtsfiktion S. 15. Schwegler, Röm. Gesch. I. S. 772 Note 1 erblickt darin einen eigentümlichen Grundsatz der etruskisch-römischen Disziplin.

günſtiger Auſpizien konſtatiert, ſondern eine Anforderung an ſeine Perſon.

Ein Prätor hatte an einem dies nefastus eine legis actio vornehmen laſſen; war dieſelbe nichtig? Die Beobachtung der richtigen Zeiten und Tage war eins der Grundgeſetze des heiligen Rechts, aber dieſe Vorſchrift beſtand nicht für die Parteien, denen man die genaue Kenntnis und Beobachtung des Kalenders nicht zumuten konnte,[283]) ſondern lediglich für den Magiſtrat![284]) Eine Nichtbeachtung derſelben begründete alſo zwar von ſeiner Seite eine Pflichtverletzung und zog Strafe für ihn nach ſich, aber auf den Akt erſtreckten ſich die Wirkungen ſeiner Pflichtverletzung ebenſowenig als die der Verletzung der Obligation von ſeiten eines Verkäufers, der die Sache zum zweitenmal verkauft und ſie dem zweiten Käufer trabiert, auf die Tradition — der Akt war gültig.[285])

Die beiden bisher betrachteten Verhältniſſe laſſen bereits den Weg, den das ältere Recht zur Löſung des obigen Problems eingeſchlagen hat, mit ziemlicher Deutlichkeit erkennen, aber zu der Überzeugung, daß wir es hier mit einem vollſtändig ausgebildeten, durchdachten politiſchen Syſtem zu tun haben, gelangen wir erſt, wenn wir noch zwei andere Verhältniſſe von ungleich

283) Darum fand das Erfordernis bei der legis actio per pignoris capionem keine Anwendung, indem dieſe eine Mitwirkung des Prätors überhaupt nicht erforderte.

284) Alle Stellen, die davon handeln, drücken ſich in dieſer Weiſe aus; z. B. Varro de L. L. VI. 29, 30. VI. 53: Praetoribus licet fari, Praetorem nefas fari. Ovid. Fast. I. 51: Praetor verba libera habet. Auf dieſen nicht ſelten verkannten Punkt (z. B. Puchta: „Tage, an denen eine legis act. nicht möglich war") habe ich bereits (III. 673) aufmerkſam gemacht, ſ. jetzt auch O. E. Hartmann, Der Ordo Judiciorum. S. 16.

285) Varro l. c. si .. quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio. Die Vitioſität hatte hier aber ſicherlich nicht die Folge, wie im öffentlichen Recht (ſ. u.), d. h. die der Möglichkeit einer Reſziſſion des Akts; das hätte ſich mit dem Grundſatz, daß eine einmal erteilte Freiheit nicht zurückgenommen werden kann, nicht vertragen und würde namentlich auch für die Legisaktionen in keiner Weiſe gepaßt haben.

höherer politischer Tragweite, die Wahl der Magistrate und den Erlaß der Gesetze, zur Vergleichung heranziehen.

Das erste dieser beiden Verhältnisse ist ganz besonders geeignet, jenes System ins hellste Licht zu setzen, teils wegen des relativ reichen, bis in die ältesten Zeiten hinaufreichenden Quellenmaterials, das uns dafür zu Gebote steht, teils weil uns in spezieller Anwendung auf diesen Fall ein Satz aufbewahrt ist, der die Formulierung des ganzen Systems enthält. Dieser Satz lautet: magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus.[286]) Mit diesem der Auguraldisziplin angehörigen Ausdruck vitium[287]) ist das System selbst in einer so prägnanten Weise charakterisiert, daß wir danach dasselbe als System der politischen Viti o sität bezeichnen werden.

Mit der Wahl der Magistrate verhielt es sich kurz gesagt in folgender Weise. Alle Erfordernisse, die für dieselbe aufgestellt sind, sei es durch Gesetze oder durch Gewohnheitsrecht, seien sie positiver oder negativer Art, sind in die Form von Anforderungen an den die Wahlkomitien leitenden Magistrat gebracht. Er ist für die Beobachtung verantwortlich, und sein Amtseid und die Aussicht auf die nach Niederlegung seines Amts ihn treffende Anklage und Strafe bürgen für die Erfüllung seiner Pflicht. Aber wagt er es darauf, sich über jene Vorschriften hinwegzusetzen, indem er beim Schluß der Komitien jemand als gewählt proklamiert (renuntiatio), dessen Wahl er als ungültig hätte zurückwei-

---

286) Varro de L. L. VI. 30.

287) Unverarbeitetes Quellenmaterial für diesen Begriff bei Brissonius de voc. ac form I. c. 205. Der Ausdruck ruft unwillkürlich die Parallele mit dem vitium possessionis hervor, und wer dieselbe bei der folgenden Darstellung im Text vor Augen behalten will, wird sich überzeugen, daß der Begriff in beiden Richtungen ganz derselbe ist — man könnte in der obigen Formel den Ausdruck magistratus mit possessor vertauschen — nämlich der der Relativität des Fehlers, ein schlagender Beleg für die wunderbar scharfe und in die früheste Zeit hinaufreichende Terminologie der Römer. Wie der possessor injustus zu jedem Dritten steht, so der magistratus vitiosus zum Volk, wie jener zum justus, so dieser zum Senat.

sen sollen, so ist der Verkündete, wenn die Zeit zum Antritt seines Amts gekommen, Magistrat, und niemand darf ihm den amtlichen Gehorsam vorenthalten, denn wenn auch „vitio creatus", so ist er doch „nihilo secius magistratus". Nur die höchste Oberaufsichtsbehörde, der Senat, kann ihn, sei es aus eigener oder fremder Anregung, nachdem das Vitium in richtiger Form (z. B. durch Ausspruch des Augurnkollegiums) konstatiert ist, removieren, und zwar geschieht dies nicht etwa durch Nichtigkeitserklärung seiner Wahl — damit wären alle seine Amtshandlungen ebenfalls für nichtig erklärt[288]) —, sondern indem er genötigt wird, sein Amt niederzulegen (se abdicare magistratu).[289]) Indem man ihn damit noch im Moment des Scheidens als legitimen Träger des Amts anerkannte, rettete man seine Vergangenheit, schnitt den unheilvollen Einfluß, den jeder Zweifel an der Gültigkeit seiner Amtshandlungen oder gar die Hinfälligkeit derselben hätte ausüben müssen, in bestimmtester

288) Siehe dagegen die Erwägungen, die Ulpian in L. 3 de off. praet. (1. 14) geltend macht. Nach Marquardt in Bekkers Handbuch der römischen Altert. IV. S. 349 wären „mit dem Abtreten des Magistrats vom Amt alle von ihm vollzogenen Verfügungen und unter seinem Vorsitz gegebenen Gesetze für ungültig erklärt worden". Warum nicht auch die Senatsbeschlüsse, an denen er mitgewirkt, die judicia publica, privata usw.? Die Stellen, auf die er sich beruft, enthalten von einem solchen praktisch geradezu unmöglichen Satz nicht das Geringste. Man vergleiche dagegen Plutarch Cato min. 40 und Plut. Cicero c. 34 — zwei Stellen, auf die mich inzwischen mein Freund Ludw. Lange aufmerksam gemacht hat. Plutarch berichtet hier von dem gewalttätigen und ungesetzlichen Verfahren Ciceros, der nach seiner Zurückkunft aus dem Exil die Akte des Clodius auf den Grund hin, daß letzterer auf ungesetzliche Weise das Tribunat erhalten hatte, kassieren wollte, wogegen aber Cato im Senat energische Verwahrung einlegte, indem er ausführte, daß es unerhört und gewalttätig sei, wenn der Senat die Aufhebung so vieler Beschlüsse und Handlungen dekretieren wolle — man könne den Beamten zur Verantwortung ziehen, aber damit falle noch nicht seine ganze Geschäftsführung.

289) Cic. de nat. deor. II. 4, 11: augures rem ad senatum, senatus: ut abdicarent consules; abdicaverunt. id. de legib. II. 12, 31; Liv. IV. 7. V. 17. VIII. 15; 23. XXII. 33.

Weise ab. Ich muß sogar bestreiten, daß der Senat lediglich auf Grund der Vitiosität seiner Wahl auch nur eine einzige seiner Amtshandlungen hätte rezindieren können, damit wäre er mit sich selbst in Widerspruch geraten, denn unter dieser Voraussetzung hätte er sie sämtlich kassieren müssen. Wollte er einzelne herausgreifen, so mußten Ungültigkeitsgründe vorgebracht werden, die sich speziell auf sie bezogen,[290] die sich aber, wenn's not tat, leicht fanden.

Man wird zugestehen, daß die bisher geschilderte Gestaltung des Verhältnisses eine ungemein glückliche war, sie vereinigte in sich die höchste Einfachheit mit der größten Klarheit und Sicherheit. Es ist ein interessanter Beweis für das hohe Alter fester staatsrechtlicher Grundsätze in Rom und zugleich für den konservativen Sinn der Römer, daß die ältesten und jüngsten Gesetze aus der Republik sich auf dem von uns bezeichneten Wege begegnen. Dieselbe Form, in die die leges Valeriae (305) das Verbot der Wahl eines magistratus sine provocatione bringen, nämlich die einer (in diesem Fall durch Todesstrafe verschärften) Instruktion an den die Wahlkomitien leitenden Magistrat,[291] dieselbe Form wiederholt sich noch in der lex Julia municipalis (709).[292] Wer die juristische Sprache der Römer einigermaßen kennt, weiß, daß mit dieser Form alles oben Ausgeführte impliziert ist, daß also die Übertretung nicht Nichtigkeit, sondern bloß Strafe nach sich zog oder, um den Gegensatz mit einem römischen Kunstausdruck zu bezeichnen, daß jene Gesetze nicht leges per-

290) z. B. Cic. Phil. XIII. 3: leges refixistis, per vim et contra auspicia latas decrevistis. In diesem Sinn dürfte die diesen Worten vorausgehende allgemeine Wendung: acta Antonii rescidistis zu beschränken sein. Cic. de domo 15, 40. 16, 41.

291) Liv. III. 55: ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum jus fasque esset occidi. Eine Übertretung dieser Vorschrift mußte kenntlich werden an der Formulierung der Rogations-, vielleicht auch der Renuntiationsformel. Das dicere dictatorem fiel dem Wortlaut nach nicht unter das Gesetz.

292) S. die Kapitel 5—10 dieses Gesetzes.

fectae, sondern minus quam perfectae waren.[293]) Der Kaiserzeit kamen die staatsrechtlichen Traditionen der Republik sehr bald abhanden. Schon im ersten Jahrhundert nehmen die Gesetze über die Wahl der Beamten Bestimmungen auf, die man in denen der Republik vergebens suchen würde,[294]) und in dem Zeitalter der klassischen Juristen war die Erinnerung an die staatsrechtliche Doktrin der Republik bereits in dem Maße verschwunden, daß zwei dieser Juristen sich abmühen mußten, eine Entscheidung, die ihre Vorgänger zur Zeit der Republik einfach auf den Satz magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus gestützt hätten, als eine zweifelhafte und fragliche erst noch mit allerhand Gründen zu motivieren.[295])

Bei der untergeordneten Bedeutung, welche der Gegenstand für meine Zwecke hat, muß ich es mir versagen, den obigen für die richtige Auffassung der römischen Magistratur höchst fruchtbaren Gesichtspunkt ausführlicher zu verfolgen. Aber in einer Richtung möge man mir dies wenigstens verstatten.

Wer den eben geschilderten Mechanismus in juristisch prägnanter Weise ausdrücken wollte, durfte in Hinblick darauf, daß das durch die Abstimmung des Volks herbeigeführte Resultat der Wahl erst durch die Renuntiation von seiten des Vorsitzenden seinen formellen, bindenden Abschluß erhielt, diesen letzten Akt als den entscheidenden bezeichnen und geradezu sagen: der Vor-

293) Ulp. Fr. Prooem. § 2.

294) z. B. die Tabula Malacitana c. 61 de patrono cooptando. Nachdem hier zuerst die althergebrachte Form benutzt ist (a, ne quis cooptato etc. b, qui .. cooptaverit, .. dare damnas esto), folgt der moderne Zusatz: is, qui .. cooptatus erit, ne magis ob eam rem patronus municipum municipii Flavi Malacitani esto.

295) Sie betraf die Frage von der Gültigkeit der Amtshandlungen des Prätor Barbarius Philippus, von dem erst hinterher bekannt geworden war, daß er ein entlaufener Sklave gewesen war. In der späteren Kaiserzeit ist begreiflicherweise noch viel weniger ein Anknüpfen an die alte Theorie zu gewärtigen. S. den Titel des Codex Theod. XV. 14 de infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt.

sitzende kreiere den Magistrat. Diese in den Quellen nicht selten vorkommende Wendung hat die Ansicht hervorgerufen,[296]) als ob die Magistratur nicht in der Souveränität des Volks, sondern in sich selber gewurzelt habe, nicht durch den Willen des Volks vergeben und besetzt worden sei, sondern sich durch und aus sich selber fortgepflanzt habe, wonach das Wahlrecht des Volks sich staatsrechtlich auf ein bloßes Präsentations- oder Petitionsrecht reduziert haben würde. Man kann zugestehen, daß hie und da die Beamten faktisch sich in dieser Weise gerierten;[297]) — in der Zeit des Umsturzes ging dies sogar so weit, daß zwei ohne allen vorhergegangenen Wahlakt sich selber renuntiierten.[298]) Allein dem Geist der Verfassung widersprach das meiner Ansicht nach in eben dem Maße, als wenn heutigen Tags der Landesherr ein mit den Ständen vereinbartes Gesetz nicht verkünden wollte. Gesetz wird es erst durch Verkündigung von seiner Seite, aber daraus folgt keineswegs, daß dieselbe lediglich seinem Ermessen und Belieben anheimgestellt ist — er ist verpflichtet, sie vorzunehmen. In derselben Weise war der römische Magistrat verpflichtet, das Wahlergebnis, insofern dasselbe nicht rechtlich[299]) zu bemängeln war, zu respektieren und zu verkünden. Daß er tatsächlich sich dieser Pflicht entziehen konnte, und daß es an Beispielen nicht fehlt, wo dies zum Heil des Staats geschah, sollte über seine Stellung nicht irreführen. Hatte doch auch der Augur es in der Hand, die wirklich beobachteten Auspizien zu unterschlagen, erlangte der Wille der Götter doch auch nur durch seine Nuntiation und nur in der Gestalt, wie er sie vorgenommen, seine bindende Kraft. Wie aber er gleichwohl nichts war als Organ und Verkünder des göttlichen Wil-

296) Rubino, Untersuchungen über römische Verf. S. 13 fl.

297) S. z. B. bei Val. Max. III. 8, 3.

298) Liv. epit. Lib. 80.

299) Der Umstand, daß die Wahlgrundsätze zum Teil auf dem Usus beruhten und an Unbestimmtheit litten (Liv. XXXIX. 39 u. a.), gab dem Widerstand gewiß nicht selten den Schein formeller Berechtigung.

lens, so waren es auch die Beamten in bezug auf den Willen des Volks — auch wenn sie sich tatsächlich zu Herren desselben machten, waren sie doch staatsrechtlich Diener desselben.

Das bisher entwickelte System erreichte seinen Kulminationspunkt bei der Frage von der Gültigkeit der Gesetze. Das in gehöriger Form, d. i. mündlich am Schluß der Komitien verkündigte Gesetz ist Gesetz, auch wenn es an noch so vielen Fehlern leidet. Möge es also z. B. durch Zwang oder Gewalt durchgesetzt,[300] möge es gegen die Auspizien[301] oder mit Vernachlässigung der üblichen Vorbereitungsformen[302] erlassen sein — solange der Senat nicht die Aufhebung desselben verfügt hat, ist es für jedermann verbindlich. Die Aufhebung erfolgte in derselben Weise, wie die der fehlerhaften Wahl des Magistrats, d. h. das Gesetz ward nicht für nichtig erklärt, sondern es ward aufgehoben,[303] m. a. W. dieser Akt hatte keine rückwirkende Kraft, sondern er wirkte erst von jetzt an, alle Verfügungen, Maßregeln, Urteile usw., die auf Grund des Gesetzes getroffen und gesprochen waren, blieben demnach gültig; der Schuldige ward zur Verantwortung gezogen.

Von besonderem Interesse ist die Frage von der Gültigkeit der im materiellen Sinn verfassungswidrigen Gesetze, d. h. derjenigen, durch welche ein Fundamentalgrundsatz der römischen Verfassung, sei es schlechthin aufgehoben, sei es bloß im einzelnen Fall, verletzt worden war. Dürfte man der Autorität des Cicero

---

300) z. B. Livius epit. lib. 69. Cic. Phil. XIII. 3: per vim et contra auspicia latas decrevistis.

301) Cic. Phil. III. 5, 9. id. de harusp. resp. XXIII. 48 Augures interrogabat, quae ita lata essent, rectene lata essent. Illi vitio lata esse dicebant.

302) Lex Caecilia Didia über die promulgatio trinûm nundinûm. Cic. de domo XVI. 41 Decrevit senatus, M. Drusi legibus, quae contra legem Caeciliam et Didiam latae essent, populum non teneri.

303) Cic. de leg. II. 12, 31: legem, si non jure rogata est, tollere. Was „tollere" involviert, wird jeder Jurist wissen. S. auch die vorige Note: non teneri (d. h. von jetzt an) und vitio lata, Note 301.

trauen, der aber gerade für die vorliegende Frage ein mehr als bedenklicher Gewährsmann ist (s. u.), so würde ein solches Gesetz gar keine Kraft gehabt haben.[304]) Wie sehr eine solche Gestaltung des Verhältnisses, welche jeden Bürger zum Richter über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze machte, mit dem ganzen bisher geschilderten System in Widerspruch gestanden, wie sehr sie alle die Gefahren heraufbeschworen haben würde, denen das alte Staatsrecht im übrigen in so planmäßiger und umsichtiger Weise zu begegnen bemüht war — darüber würde jedes Wort ein verlorenes sein. Aber, wird man einwenden, es gab doch Gesetze und Einrichtungen, die durch das Fas und Jus den Charakter unverletzlicher, unantastbarer Normen erhalten hatten, so z. B. die mit der Plebs vereinbarten leges sacratae. Unleugbar! Allein auch hier bewährt sich wiederum der feine Sinn für die Korrektheit der juristischen Form. Ein Gesetz, das sich nicht aufheben läßt, selbst wenn es noch so sehr mit dem Stempel göttlicher Weihe versehen ist, ist in den Augen der Römer ein Unding. Das spätere Gesetz hebt das frühere auf — das hatten schon die XII Tafeln bestimmt.[305]) Die beabsichtigte Unantastbarkeit des Gesetzes konnte daher nicht in der Weise vermittelt werden, daß man seine Aufhebung für unmöglich erklärt hätte, sondern nur so, daß man verbot,[306]) und zwar mittelst Androhung von Strafen,[307]) die sich bei den leges sacratae bis zur sacratio capitis

304) Cic. pro Caec. 33. de republ. III. 22.

305) Liv. VII. 17. IX. 33, 34.

306) Cic. ad Att. III. 23 .. eam abrogari non oporteat und die Formel in Note 311. Diese Strafandrohung (die sanctio legis im prägnanten Sinn) war eine gewöhnliche Schlußklausel aller Gesetze, Cicero daselbst: neque enim ulla est, quae non ipsa se saepiat difficultate abrogationis.

307) Unter den Begriff des „contra oder adversus eas facere" (Cic. pro Balbo 14, Festus s. v. sacratae fiel auch, und zwar ganz vorzugsweise, der Antrag auf Aufhebung des Gesetzes, s. die Formel in der Note 308: „contra alias leges ejus legis ergo (des neuen Gesetzes wegen, d. h. um es durchzusetzen) factum sit". — Die Einrichtung wiederholt sich auch anderwärts, so z. B. bei den Lokriern, wo Zaleukos verordnet hatte,

et familiae steigerten. Die im Gesetz vorgesehene Strafe traf denjenigen, der einen Antrag auf Aufhebung desselben gestellt hatte, selbst dann, wenn das Volk seinen Antrag angenommen hatte, denn die Einbringung desselben fiel noch unter die Herrschaft des alten Gesetzes, das neue wirkte erst von dem Moment, wo es erlassen war. Um sich gegen diese Gefahr zu sichern, fügte der Antragsteller dem Gesetzentwurf eine Klausel hinzu, durch die ihm Straflosigkeit zugesichert ward.[308]) Aber dies Mittel war kein völlig sicheres. Lehnte das Volk den Antrag ab, so war damit auch die Indemnitätsklausel verworfen, und die erste neue Lebensäußerung des leichtfertig angetasteten Gesetzes bestand in der Strafe, mit der es das Attentat auf sich an dem Schuldigen rächte. So war es also nichts weniger als ein gefahrloses Unternehmen, an den bestehenden Gesetzen und Einrichtungen zu rütteln; wenigstens wer seiner Sache nicht völlig sicher war — und wie vielerlei konnte den Erfolg in Frage stellen: die Stimmung des Volks, das Getreibe der Parteien, Wankelmut eines einflußreichen Beamten, Schikane oder Bestechung der Augurn usw.—, kurz, wer nicht auf alle die vielen Voraussetzungen zählen konnte, von deren Eintritt die definitive Annahme seines Gesetzentwurfes abhing, der spielte ein gewagtes Spiel, ein Spiel, das ihn möglicherweise um Leib und Leben und sein ganzes Ver-

daß jeder, der einen Gesetzvorschlag stellte, den Hals in einer Schlinge haben und erdrosselt werden sollte, wenn der Vorschlag durchfiel (Belege bei K. F. Hermann, Über Gesetz, Gesetzgebung und gesetzgebende Gewalt im griech. Altertum. Göttingen 1849 S. 57) und in Florenz in bezug auf die Aufhebung der gegen die Magnaten erlassenen „Ordnungen der Gerechtigkeit", K. Hegel, Die Ordnungen der Gerechtigkeit in der Florentinischen Republik (Universitätsprogramm). Erlangen 1867 S. 20: „Der Podesta oder Kapitan, welcher eine derartige Beratung in der Ratsversammlung, wo er den Vorsitz hat, gestattet, soll des Amts entsetzt sein und in Geldstrafe verfallen; desgleichen werden die Räte mit hohen Geldstrafen bedroht."

308) Caput tralatitium de impunitate, si quid contra alias leges ejus legis ergo factum sit. Cic. ad Att. III. 23. Die Wirksamkeit der Formel beschränkte sich übrigens nicht bloß auf die Voraussetzung, s. z. B. die sanctio der lex de imperio Vespasiani.

mögen bringen konnte. Es war die Miniſterverantwortlichkeit des römiſchen Altertums,[309]) der Schutz gegen Verfaſſungsveränderungen. Daß die Aufhebung der Geſetze, wenn die Zeit dazu gekommen war, nicht ausgeſchloſſen war, bedarf nicht der Bemerkung.[310]) Eine andere Klauſel zu demſelben Zweck war die, daß der Antrag nur inſoweit geſtellt ſein ſolle, als dies geſetzlich erlaubt ſei — eine Klauſel, die Sinn hatte, wo es zweifelhaft, nicht aber, wo es klar war, daß der Antrag gegen die Strafſanktion eines früheren Geſetzes verſtieß.[311])

Überſchaut man die bisher von mir angeführten Fälle, ſo wird jeder mein obiges Urteil, daß wir es hier mit einem wohldurchdachten, ausgebildeten Syſtem zu tun haben, gerechtfertigt finden, und man wird es mir gern erſparen, dasſelbe noch weiter in ſeine Einzelheiten zu verfolgen.[312]) Der Grundgedanke desſelben beſteht darin, daß die Erforderniſſe der öffentlichen Akte und Maßregeln in zwei Klaſſen gebracht werden.[313]) Die der einen

309) Bekanntlich konnten die Geſetzvorſchläge nur von den Inhabern der höchſten Staatsämter geſtellt werden. Mit der römiſchen Miniſterverantwortlichkeit hatte es übrigens etwas mehr auf ſich, als mit der heutigen.

310) Cicero l. c. Sed vides nunquam esse observatas sanctiones earum legum, quae abrogarentur (iſt wohl zu emendieren: abrogari vetentur?).

311) Nach Cicero a. a. O. wäre ſie zuerſt in dem von ihm berichteten Geſetzentwurf vorgekommen; er widerlegt ſich jedoch ſelber in pro Caecina c. 33: adscripsisse Sullam in eandem legem: si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum. An der andern Stelle teilt er die vollſtändige Formel mit: Si quid in hac rogatione scriptum est, quod per leges plebisvescita promulgare, abrogare, derogare, obrogare, sine fraude sua non liceat, non licuerit, quodve ei qui promulgarit etc. ob eam rem poenae multae ve sit, E. H. L. N. R. (ejus hac lege nihil rogatur). Bei Val. Prob. de notis ant. § 3 kommt eine etwas andere Faſſung vor: si quid sacri sancti est, quod non jure sit rogatum, ejus hac lege nihil rogatur, ſ. auch Cic. pro Balbo 14.

312) z. B. in bezug auf die Gültigkeit der Senatsbeſchlüſſe, ſ. Gellius XIV. 7 § 7, 8.

313) Zur allgemeinen Bezeichnung dieſes Gegenſatzes dienen die Ausdrücke necesse est auf der einen und oportet, opus, fas est oder non

Klasse bilden die konstitutiven Momente des Akts; soweit ich beurteilen kann, sind sie lediglich formeller Art, die Vornahme des Akts muß von seiten der kompetenten Behörde und in der dafür vorgeschriebenen Form erfolgt sein. Alle Erfordernisse, die das Sachliche des Akts betreffen, sind der zweiten Klasse zugewiesen, d. h. sie tragen die schwächere Form von Geboten, Verboten, kurz von Vorschriften an sich, die lediglich an den gerichtet sind, der den Akt vornimmt. Die Garantie ihrer Beobachtung beruht auf seiner Pflichttreue, seinem Amtseid und der angedrohten Strafe; setzt er sich darüber hinweg, so ist der Akt an sich gültig. Die Garantie für die Erfordernisse der ersten Klasse beruht auf der Nichtigkeit des Akts. Sie sind solcher Art, daß jeder sie beurteilen kann, man hört, man sieht sie; Zweifel sind nicht möglich, die Anordnung der Nichtigkeit hat hier nicht den geringsten Anstand. Ein Wahlkandidat, der von allen Zenturien gewählt, aber nicht renuntiiert war, galt nicht als Magistrat, dagegen mochten, wenn die Renuntiation gefolgt war, alle erdenkbaren Verstöße gegen das geistliche und weltliche Recht bei seiner Wahl zusammengetroffen sein — er war und blieb Magistrat, bis er auf Befehl des Senats sich seiner Würde begeben hatte.

Wer von der im bisherigen gewonnenen Grundlage des positiven römischen Staatsrechts aus die Deduktion von Cicero, die den Ausgangspunkt unserer Untersuchung gebildet hat (S. 226), einer Beurteilung unterziehen will, wird darüber kaum ein anderes Urteil fällen können, als daß sie eine Kette von lauter Unrichtigkeiten enthält, und sich nicht darüber wundern können, daß sie, wie er selber die Naivität hat einzugestehen,[314]) vor den Augen der im Staatsrecht besser unterrichteten, im übrigen ganz

est auf der andern Seite, s. z. B. Macrob. Sat. I. 16 § 25: praefari necesse est, quos nominari atro die non oportet. Varro de L. L. VI 30 nefas fari .. necesse enim aliquo eorum uti verbo. Cic. ad fam. I. 9 § 25: legem curiatam consuli ferri opus esse, necesse non esse.

314) Cic. de domo c. 16, 42.

mit ihm sympathisierenden Autoritäten (z. B. auch Cato, Note 288) keine Gnade fand. Mochten die Pontifizes bei der Arrogation des Clodius immerhin alle Regeln ihres Rechts außer acht gelassen haben, daraus folgte im mindesten nicht der Schluß, den Cicero zieht, daß sie nichtig war;[315]) die Beobachtung jener Regeln war Sache der Pflichterfüllung der Pontifizes. Mochten an jenem Tage Himmelsbeobachtungen angestellt sein, die lex curiata über die Adoption ward dadurch vitiös, aber nicht nichtig. Mochte endlich Clodius ebenfalls in vitiöser Weise Plebejer und Volkstribun geworden sein, die Akte, die er in der letzteren Eigenschaft vorgenommen hatte, waren und blieben gültig.

Werfen wir jetzt einen Blick zurück auf den Gedanken der analytischen Vereinfachung des Tatbestandes, so wird es nicht überflüssig sein, darauf aufmerksam zu machen, daß das bisher geschilderte politische System nur eine Anwendung dieses Gedankens enthielt. Derselbe Mechanismus, den das Privatrecht bei der mancipatio, in jure cessio und den abstrakten Obligationen zur Anwendung brachte, wiederholte sich beim Gesetz, bei der Wahl der Magistrate und bei allen Amtsverrichtungen der politischen und geistlichen Gewalten; der Gesamtbestand des Verhältnisses spaltet sich in zwei Teile, ein Teil bleibt zurück als absolut wesentlich, als Tatbestand — er beschränkt sich bei jenen politischen Akten, sozusagen, auf den abstrakten Akt, auf das nackte Wort, die einfache Verkündigung —, der andere aber scheidet aus und nimmt die Form der Verpflichtung an, im Privatrecht die der Obligation, im Staatsrecht die einer durch Gesetz, Gewohnheitsrecht und religiöse Satzung normierten Amtspflicht, und wird damit des nachteiligen Einflusses auf das Verhältnis selber beraubt. Was die mangelhafte oder fehlende causa bei dem Eigentum und der abstrakten Obligation, das ist das Vitium bei den öffentlich rechtlichen Verhältnissen. Die Kondiktionen

315) Cic. de domo 14, 38 .. contra omne ponteficium jus factam pro nihilo esse habendam.

wegen mangelhafter causa repräsentieren für das Privatrecht dieselbe Erscheinung wie die Resziſſion der Gesetze, Wahlen und Handlungen der Magistrate durch den Senat für das öffentliche Recht; indem das Gesetz die Befugnis zur Anfechtung auf eine bestimmte Person beschränkt, schützt es das Verhältnis gegen die Gefahr, bei jedem Versuch seiner Lebensäußerung von jedermann in Frage gestellt und gelähmt zu werden — kurz das Verhältnis verdankt seine Gesundheit und Kraft der Ausscheidung des Krankheitsstoffes: des Kausalmoments und des Vitiums.

II. Die juriſtiſche Ökonomie.

1. Beſtreitung der Bedürfniſſe auf einfachem Wege.

Das Geſetz der Sparſamkeit. — Die Kunſt ſich zu behelfen. — Der einfache und künſtliche Weg. — Exemplifikation des erſteren an einer Reihe von Beiſpielen.

LVI. Das Geſetz der logiſchen Sparſamkeit iſt eins der Fundamentalgeſetze der juriſtiſchen Technik (III. 330), gleichmäßig geltend für alle Epochen der Jurisprudenz, nur die Art und die Formen, in denen es zur Anwendung gelangt, wechſeln mit der Bildungsſtufe der Jurisprudenz. In anderer Weiſe handhabt der Meiſter, in anderer der Anfänger die Regeln der Kunſt, jener mit der Freiheit, welche die Frucht der Sicherheit, dieſer mit der Unfreiheit, welche die Begleiterin der Unſicherheit iſt; der Weg zur Freiheit in der Kunſt geht durch die Schule, d. h. durch eine Periode ſklaviſcher Unterordnung unter die Regel hindurch (S. 8, 9). Davon haben wir im bisherigen in dem Abſchnitt über die Analyſe reichliche Gelegenheit gehabt uns zu überzeugen, einen neuen Beitrag wird uns die folgende Ausführung geben.

Dieſelbe hat zum Gegenſtand den Nachweis, wie das obige Geſetz der Sparſamkeit von der alten Jurisprudenz verſtanden und gehandhabt worden iſt. Dasſelbe lautet: was die Jurisprudenz mit den gegebenen Mitteln und Begriffen zuwege bringen kann, dafür ſoll ſie keine neuen ſchaffen. In unſerer heutigen Wiſſenſchaft vollzieht ſich dieſe Regel in einer ſo wenig auffälligen, kaum ſichtbaren Weiſe, ſo ſehr auf rein negativem Wege durch

bloße Unterlassung der Übertretung, daß man sich ihrer Wahrnehmung leicht verschließen kann. Ein Blick auf die altrömische Jurisprudenz dagegen muß das Dasein und die hohe Bedeutung derselben sofort zum Bewußtsein bringen. Denn die Anstrengungen, welche die letztere macht, um diese Regel zu befolgen, sind so gewaltsam, die Mittel, die sie anwendet, so künstlich und verzwickt, die Wege, die sie einschlägt, so gewunden und weitläufig, daß niemand, der überhaupt das Bedürfnis fühlt, sich über die äußern Erscheinungen Rechenschaft zu geben, unaufmerksam an ihnen vorübergehen kann, sie leiten ihn mit Notwendigkeit auf die richtige Spur.

Die Erscheinungen, die durch dies Bestreben, die vorhandenen Mittel bis zum äußersten Grad ihrer Verwendbarkeit auszunutzen, hervorgerufen sind, fasse ich zusammen unter den Gesichtspunkt der *juristischen Ökonomie* oder der Kunst sich in geschickter Weise mit dem Vorhandenen zu behelfen.

Die Kunst sich zu behelfen ist das Erbteil der Armen, im Haushalt des Reichen gedeiht sie nicht. Unsere heutige Wissenschaft genügt dem Gesetz der Sparsamkeit schon, indem sie nicht *verschwendet*, d. h. nichts Überflüssiges postuliert, nichts, was sie auf andere Weise, auf dem Wege der Kombination und Deduktion gewinnen kann, sie hat aber nicht nötig, sich etwas *Notwendiges* zu versagen. Wenn also das Leben ihr neue Verhältnisse zuführt, wie z. B. die Inhaberpapiere, die Auslobungen, die sie mit den bisherigen römisch-rechtlichen Begriffen nicht genügend konstruieren kann, so braucht sie kein Bedenken zu tragen, die zu dem Zweck nötigen Begriffe aufzustellen. Denn die gereifte Wissenschaft soll und darf sich des Neuen in seiner wahren, ureigenen Gestalt bemächtigen, und dazu muß sie die Kraft besitzen; für sie haben daher jene Notbehelfe, mittelst deren die Jurisprudenz der Kindheitszeit dieser Aufgabe auswich, ebensowenig einen Wert mehr, als die unvollkommenen Gerätschaften und Werkzeuge der Vorzeit für unsere heutige Zeit der entwickelten Technik.

Für die unausgewachsene Jurisprudenz dagegen sind diese Notbehelfe eine durch ihre Entwicklungsstufe gegebene Notwendigkeit, die sich eben darum auch überall bei ihr wiederholen, so z. B. in besonders ausgeprägter Gestalt im englischen Recht. Für sie ist die Kunst, sich mit wenigem zu behelfen, eine Lebensfrage; unter der Überfülle des Materials würde sie zugrunde gehen. Die Herrschaft über den Stoff kann sie sich nur dadurch sichern, daß sie die Ordnung, in die sie ihn einmal gebracht hat, ängstlich hütet, und an den Grundlagen und Formen, auf denen diese Ordnung beruht, nicht leichtsinnig rüttelt. Ein neuer Gedanke, der Aufnahme begehrt, ist ihr daher nicht ein willkommener Gast, wie er es der wissenschaftlich gereiften Jurisprudenz sein sollte, wenn auch nichts weniger als immer ist, sie erblickt in ihm nicht eine wertvolle Erweiterung des Wissens, sondern einen unbequemen Eindringling, der den Bestand der bisherigen Ordnung in Frage stellt. Gezwungen ihn zuzulassen, tut sie dies in einer Weise, die diesen Bestand möglichst wenig alteriert, sie schlägt ihm, wenn ich so sagen darf, kein besonderes Bett auf, wo er sich frei strecken, ausdehnen, rühren kann, sondern sie bringt ihn unter, wo es eben geht, sie bettet ihn bei einem andern bereits rezipierten Begriff, dem er sich fügen, anschmiegen und unterordnen muß.

Dies Bestreben, die neuen Gedanken oder sagen wir besser: die neuen Zwecke und Bedürfnisse, die der Fortschritt der Bildung und die Entwicklung des Verkehrs mit sich bringen, möglichst mit den gegebenen Mitteln zu bestreiten, führte notwendigerweise in manchen Fällen zu einer höchst gewaltsamen Spannung, um nicht zu sagen: Verrenkung des vorhandenen Rechts. Das schlagendste Beispiel dafür liefert das testamentum per aes et libram, bei dem die mancipatio in ihrer ursprünglichen Gestalt fast bis zur Unkenntlichkeit entstellt ward — es gibt kaum größere Gegensätze im ganzen Recht, als den Begriff des Kaufs und der Eigentumsübertragung auf der einen und den des Testaments und der Universalsukzession auf der andern Seite.

Nicht immer aber bedurfte es für den angegebenen Zweck so

künstlicher Mittel, nicht selten reichten auch ganz einfache aus. Der römische Scharfsinn war in Entdeckung derselben ungemein erfinderisch und hat in dieser Richtung Probestücke zutage gefördert, die durch ihre Feinheit und geniale Einfachheit überraschen — glückliche Würfe des juristischen Genies, die uns heutzutage noch als Muster dienen können.

Für das richtige Verständnis des ältern Rechts ist die Kenntnis der juristischen Ökonomie von nicht geringerer Erheblichkeit, als die der juristischen Analyse. An der Bildung und Gestaltung der juristischen Seite des ältern Rechts haben beide den gleichen Anteil. Dagegen liegt allerdings der geistige Höhepunkt, zu dem sich die juristische Kunst in diesem zweiten Zweige erhebt, tiefer, als bei dem ersten. Nicht etwa als ob sie hier hinter ihrer Aufgabe zurückgeblieben wäre; aber die Aufgabe selber verstattete ihr nicht denselben Spielraum zur Entfaltung geistiger Kraft, nicht jene Versenkung in das Feinste und das Tiefste der Begriffswelt, zu der das Problem der Zersetzung Anlaß bot. Die Leistungen, die sie hier aufzuweisen hat, bestehen mehr in Lösung von einzelnen, disparaten Aufgaben, als in Lösung einer einzigen, das ganze Recht erfassenden Aufgabe. Von der Analyse waren wir imstande eine Theorie zu entwerfen, d. h. ein System von Regeln aufzustellen, die in einem obersten Gesichtspunkt ihren letzten Grund hatten und unter sich in engster Wechselwirkung standen. Das ist bei der juristischen Ökonomie nicht möglich. Für die logische Durchbildung eines Prinzips, die Dialektik eines und desselben Gedankens, der, von Regel zu Regel fortschreitend, das ganze Recht umspannt und beherrscht, bot sie keinen Raum. Unsere Darstellung nimmt dadurch einen wesentlich andern Charakter an, sie hat sich zu bescheiden, eine Reihe von Fällen und Verhältnissen namhaft zu machen, an denen unser obiger Gesichtspunkt sich bewährt. Ich werde soviel Material heranziehen als nötig ist, um auch dem minder Kundigen ein anschauliches Bild jener Methode zu gewähren und ihn damit instand zu setzen, die Anwendung auf andere Fälle selber zu machen. Dabei werde ich mich

derselben Freiheit bedienen, wie bei früheren Gelegenheiten, indem ich meine Beispiele nicht bloß dem ältern, sondern auch dem neuern Recht entlehne, weil es in meinen Augen nicht darauf ankommt, ob gerade alles einzelne, sondern ob die Maxime, der bestimmende Gedanke, zu dessen Illustration dasselbe dienen soll, der ältern Periode angehört. Daß aber der hier zu schildernde Zweig der juristischen Kunst dem alten Recht zuzuweisen ist, darüber wird der Verfolg der Darstellung keinen Zweifel übrig lassen.

Nur ein einziger Gegensatz hat sich mir dargeboten, um die Masse des Materials wenigstens in zwei größere Gruppen zu scheiden. Es ist der oben angedeutete der Einfachheit und der Künstlichkeit der aufgebotenen Mittel. Aber auch er hat nur einen relativen Wert, indem der Maßstab darüber, was künstlich, was einfach sei, ein ziemlich schwankender ist, ein Übelstand, der übrigens hier, wo es sich nicht um begriffliche Scheidung, sondern lediglich um kasuistische Gruppierung des Stoffs handelt, gar nicht ins Gewicht fällt. Einfach nenne ich diejenige Art der Verwendung von Rechtssätzen oder Rechtsinstituten, welche dieselben einem Zwecke dienstbar macht, für den sie zwar ihrer Intention nach nicht bestimmt sind, der ihnen aber doch nicht widerstrebt. Künstlich nenne ich diejenige, bei der Rechtssätze und Rechtsinstitute Dienste leisten sollen, die über ihr natürliches Leistungsvermögen, ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinausgehen, wo ihnen also zu dem Behuf Gewalt angetan werden muß. Die fiduziarische Eigentumsübertragung an den Stellvertreter (s. unten Note 327) als Surrogat der dem ältern Recht fehlenden direkten Stellvertretung war ein einfaches Mittel, denn dem Begriff der Eigentumsübertragung geschah, indem er einem solchen Zweck dienen mußte, keine Gewalt; ebenso die Verwandlung der Konsensual- oder Realkontrakte in Stipulationen, um dadurch auf sie die nur für die Stipulation bestimmte Akzeptilation anwendbar zu machen. Die Verwendung der Ehe dagegen lediglich zu dem Zweck, der Frau andere Tutoren oder die Befreiung von den sacris zu

verschaffen (§ 58), war ein künstliches Mittel, denn eine derartige Verwendung der Ehe widerstritt dem innersten Wesen derselben, sie ward dadurch zum reinen Scheinakt herabgewürdigt. Diese letztere Art der Benutzung, die Spannung, Vergewaltigung der Begriffe, Formen usw. des Rechts setzte stets eine Konnivenz in der rechtlichen Beurteilung voraus, wie dies die nähere Betrachtung dieser Mittel (§ 58) des weitern nachweisen wird.

Ich wende mich der ersten Gruppe von Mitteln zu. Im Interesse ihres wahren Verständnisses halte ich es für förderlich, den Zweck, soweit dies möglich, mit heutigen Namen zu bezeichnen, um ihn dadurch unserer heutigen Anschauungsweise näher zu rücken. Ich stelle die Aufgaben vom Standpunkt des heutigen Rechts und Lebens, ein altrömischer Jurist soll uns Auskunft erteilen, wie sie vom Standpunkt seines Rechts und seiner Technik gelöst werden müssen.

1. Testamentsexekutoren.

Der Zweck dieses modernen Instituts ist bekanntlich ein doppelter; einmal dem Erben die mit der Regulierung des Nachlaßwesens verbundenen Mühen und Lasten abzunehmen — eine Erleichterung, die für den altrömischen Verkehr bei der prinzipiellen Ausschließung der Stellvertretung besonders wertvoll gewesen wäre — und sodann die bereitwillige und geneigte Ausführung der testamentarischen Anordnungen dadurch zu sichern, daß sie aus den Händen des interessierten Erben in die einer uninteressierten Person gelegt wird. Gab das altrömische Recht ein Mittel für diesen Zweck an die Hand? Ein altrömischer Jurist würde geantwortet haben: setze denjenigen, den du als Testamentsexekutor haben möchtest, etwa einen Freund, auf den du dich völlig verlassen kannst, zum alleinigen Erben ein — dadurch erlangt er die Befugnis und die Pflicht, alles allein zu besorgen —, alle letztwilligen Zuwendungen aber, um die es dir zu tun ist, bringe in die Form von Legaten; wenn du es für nötig hältst, laß

deinem Freunde so viel von der Erbschaft, daß er für seine Mühe entschädigt wird. Letzteres geschieht am zweckmäßigsten in Form des **legatum partitionis**,[316]) wobei du sicher bist, daß, wie immerhin auch dein Vermögen vor deinem Tode sich vermehre oder vermindere, das diesem Erben zugedachte Äquivalent für seine Mühwaltung sich entsprechend verändert.

Die Wirksamkeit dieses Mittels beruhte freilich ganz auf der Zuverlässigkeit der gewählten Mittelsperson; ein Mißgriff in der Wahl derselben beschwor ganz dieselbe Gefahr herauf, der man durch Benutzung dieses Mittels entgehen wollte, die Gefährdung der Legatare durch Habgier des Erben. Und als die lex Furia das Maß der Legate auf 1000 As herabgesetzt und die Annahme höherer Legate sogar zu einer höchst gefährlichen Sache gemacht hatte (S. 115, 116), war es um die Brauchbarkeit jenes Mittels völlig geschehen. Wie jetzt helfen? Die Antwort unseres Juristen lautet: entweder durch Einsetzung des Freundes unter der Bedingung, daß er den Nettobetrag der Erbschaft an die genannten Personen in den und den Beträgen entrichtet haben würde, oder durch Anordnung eines Universalfideikommisses, dessen Wirksamkeit ursprünglich freilich ganz von der Treue und Ehrlichkeit des gewählten Fiduziars abhing.

Aus dem bisherigen wird klar, was die Römer zu dem scheinbaren Widerspruch veranlassen konnte, dem Erben mit der einen Hand etwas zuzuwenden und es ihm mit der andern wiederum zu entziehen. Die Absicht war gar nicht darauf gerichtet, ihm effektiv die *Erbschaft*, sondern lediglich darauf, ihm die Stellung eines *Rechtsträgers*[317]) einzuräumen. Sollten diese Mittel bei

---

316) Ulp. XXIV. 25. Die obige Ansicht geht von der Voraussetzung aus, daß die Anordnung der Teile dem Erblasser völlig freigestanden habe. Ulpian nimmt als Beispiel die dimidia pars und fügt dann hinzu: potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. Ist es Zufall, daß er keine Teile *über* die Hälfte nennt?

317) S. oben S. 223 und die Theorie der Rechte. Dementsprechend heißt es in L. 48[46] i. f. ad SC. Trebell. (36. 1) von einer solchen Verfügung:

Vorhandensein von Kindern in der Gewalt angewandt werden, was namentlich im Fall ihrer Unmündigkeit ganz angemessen sein konnte, so bedurfte es zu diesem Zweck erst noch einer Exheredation derselben (exheredatio bona mente, d. i. im wohlverstandenen Interesse der Kinder selber), — eine Anwendung der Exheredation, die den Unkundigen leicht irreführen kann. Sowenig wie die obige Erbeseinsetzung den Zweck der effektiven Zuwendung des Nachlasses, sowenig hatte diese Enterbung den der effektiven Entziehung desselben, sie war weit entfernt ein Akt der Lieblosigkeit zu sein, umgekehrt eine durch die umsichtigste, wohlwollendste Fürsorge diktierte Maßregel.[318])

2. Übertragbarkeit des testamentarischen Erbrechts.

Der Testator wünscht den Erben in die Lage zu versetzen, daß er je nach Gutbefinden die Erbschaft selber antreten oder, um sich aller Weitläufigkeiten zu überheben und jede Haftung abzulehnen, das Recht der Antretung gegen eine runde Summe auf einen andern übertragen kann; wie hat er es anzufangen?

Die Antwort des Juristen lautet: nicht in der Weise, daß er dies direkt verfügt. Eine Übertragung des Erbrechts war zwar bei der hereditas legitima, nicht aber bei der testamentarischen Erbschaft zulässig.[319]) Der richtige Weg ist der, daß er

---

tutelam heredi fiduciario permisisse videtur. Hat der Rechtsträger selber gar keinen Vorteil von der Zuwendung, so haftet er nur für culpa lata, L. 108 § 12 de leg. I. (30).

318) L. 18 de lib. exh. (28. 2) . . ut eis consulant ut puta impuberibus. Daß die sacra gleichwohl den Kindern verblieben, dafür hatten die Pontifizes gesorgt. Cic. de leg. II. 20, 21.

319) Ulp. XIX. 14. Der Grund dieser Verschiedenheit mag darin liegen, daß dem Testator, wenn er dem Erben die obige Befugnis einräumen wollte, der im Text bezeichnete Weg offen stand, die Nichteinschlagung desselben mithin in den meisten Fällen als Beweis der entgegengesetzten Absicht gelten konnte, für die es auch an guten Gründen nicht fehlt.

einen dem Erben gehörigen Sklaven oder, da dieser sterben kann, der Sicherheit wegen sämtliche Sklaven desselben sei es neben, sei es hintereinander zu Erben einsetzt, dann hat der Eigentümer des Sklaven die Wahl, ob er die Erbschaft durch letzteren antreten lassen oder das Antretungsrecht mittelst Manzipation des Sklaven auf denjenigen übertragen will, mit dem er über den Preis der Erbschaft handelseinig geworden ist; wünscht er den Sklaven selber zurückzuerhalten, so fügt er einen darauf gerichteten Fiduziarvertrag hinzu.[320]) Auf diese Weise erhält er den Nettowert der Erbschaft,[320a]) der Käufer aber berechnet sich die Provision für seine Mühwaltung implizite im Kaufpreis.[321]) In dieser Einsetzung eines fremden Sklaven zum Erben haben wir ein Seitenstück zu unseren heutigen Papieren auf den Innehaber; wie mit letzteren die Forderung, so ist mit dem Sklaven die Erbschaft verbunden, das Erbrecht ist zu einem zirkulationsfähigen Verkehrsobjekt geworden.

3. Erstreckung des Erbrechts auf die Erben des Eingesetzten.

Wenn der Eingesetzte den Anfall der Erbschaft nicht erlebt, so ist dieselbe für seine Erben verloren. Nun kann es aber der

320) L. 6 § 5 quae in fr. cred. (42. 8). Gaj. II. 189. L. 58 Sol. matr. (24. 3) . . . reddendus est . . . servus . . . ea conditione, ut, cum jussu ejus adierit, rursum marito retradatur. L. 1 § 14 de succ. ed. (38. 9). Vermöge dieses Mittels konnte die Erbschaft als Spekulationsobjekt von einer Hand in die andere wandeln, L. 2 § 9 de B. P. (37. 11) . . si per multos dominos transierit servus . . . novissimo dabimus B. P.

320a) L. 28 pr. Si quis omissa (29. 4) . . cum per pretium servi hereditatis quoque aestimationem consequatur.

321) Die obige Erklärung des praktischen Zwecks der Einsetzung der Sklaven, die ich bei Früheren nicht gefunden (selbst nicht in der ausführlichen Darstellung von Mühlenbruch in Glücks Pandekten B. 39 S. 211—229), ist von mir bereits früher in meinen Jahrbüchern für die Dogmatik usw. B. 1 S. 49 Note (1856) und damit gleichzeitig von Köppen, die Erbschaft, S. 93 Note 7 (1856) aufgestellt worden.

Wille des Testators sein, diesen Verlust abzuwenden. Wie ist dies zu erreichen?

Auf direktem Wege ebenfalls nicht. Der Testator kann allerdings dem Eingesetzten andere Personen substituieren, also auch dessen jetzige nächste Intestaterben, allein die jetzigen sind nicht immer auch die zukünftigen, eine Substitution der „zukünftigen Erben desselben" aber als zurzeit noch ungewisser Personen (personae incertae) ist unstatthaft. Die Antwort auf die obige Frage wird der Leser sich nunmehr selber geben. Der Testator setzt wiederum die Sklaven der beabsichtigten Person zu Erben ein; wenn letztere stirbt, so geht mit ihrer Erbschaft auch das Eigentum der Sklaven und damit die seinige auf diejenigen Personen über, die zu jener berufen sind.[321a])

4. Versprechen an unbestimmte Personen.

Nach römischem Recht ist ein Versprechen an eine unbestimmte Person (z. B. das der Restitution des Vermögens des arrogierten Unmündigen an seine „demnächstigen" Erben für den Fall seines Todes während der Unmündigkeit, oder einer Prämie an „den, der die Sache wiederbringt")[322]) ebensowenig zu Recht beständig, als die Erbeinsetzung unbestimmter Personen, gleichwohl bot aber das römische Leben zur Leistung derartiger Versprechungen manche Veranlassung dar. Das erste der beiden soeben erwähnten Beispiele belehrt uns darüber, wie man sich hier half, ohne einen

---

321a) Für das Legat bestand das obige Hindernis nicht, denn dasselbe ging, insofern nur der Legatar den Tag des Anfalls erlebt, auf dessen Erben über. Wollte der Testator den Anfall des Legats selbst von dem Tode des Legatars vor diesem Zeitpunkt unabhängig machen, so vermachte er es alternativ ihm oder einem seiner Sklaven; wollte er, daß es nicht in seine Hände komme, sondern erst seinen Erben ausgezahlt wurde, so lautete die Formel: heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, L. 79 pr. de cond. (35. 1).

322) Mit modernem Ausdruck die Auslobung, die in ihrer tatsächlichen Gestalt auch den Römern bekannt war, s. z. B. Petron. Sat. c. 97, Apulej. Met. VI. (ed. Bip. p. 123).

der obersten Grundsätze des Obligationenrechts preiszugeben. Der Arrogator leistet das Versprechen dem servus publicus, d. i. der Kommune, also einer bereits jetzt genau bestimmten Person.[323]) Bei Eintritt der Bedingung zediert letztere ihre Klage den Personen, welche ohne dazwischen gekommene Arrogation im jetzigen Moment die nächsten Intestaterben des Unmündigen sein würden, oder stellt sie selber an und gibt das Empfangene heraus.[324]) Es ist dies derselbe technische Apparat eines Rechtsträgers, den wir schon früher haben kennen lernen und der außer den dort genannten Fällen noch mehrfach zur Anwendung gelangte.[325])

5. Stellvertretung.

Das Bedürfnis, sich bei rechtlichen Handlungen durch andere vertreten zu lassen, ist von einem einigermaßen entwickelten Verkehr gar nicht zu trennen. Wenn gleichwohl das römische Recht

---

323) L. 18, 19 de adopt. (1. 7), L. 2 Cod. ibid. (8. 47), im justinianischen Recht (seitdem durch L. 3 Cod. de tabul. 10. 69 die Anstellung der Sklaven im öffentlichen Dienst untersagt war) der persona publica, d. i. dem Magistrat oder Notar § 3 I. ibid. (1. 11) cf. L. 31 [32] Cod. de episc. (1. 3), Schrader ad § 3 I. cit. Daran knüpfte die Doktrin des Mittelalters die Benutzung des Notars für ähnliche Zwecke einer Ableistung eines Versprechens zugunsten künftiger Personen an. Buchka, Stellvertretung bei Verträgen S. 125, 133, 138, 140, 145 und anderwärts. Bei dem Versprechen, welches der curator furiosi wegen der demselben erteilten Bon. Poss. zu leisten hatte, erhob sich dieselbe Schwierigkeit — wem sollte es geleistet werden? Wahrscheinlich bediente man sich hier desselben Umweges, arg. L. 7 § 4 Cod. de cur. fur. (5. 70) . . multas ambages und § 11 cautione vel satisdatione, quae antiquitus fuerat introducta.

324) Ohne Zustimmung jener Personen durfte dem servus publicus nicht geleistet werden. L. 19 de comp. (16. 2).

325) So z. B. im Fall der Note 326 und in dem der L. 4 § 9 de fid. lib. (40. 5), bei der addictio libertatum conservandarum causa . . convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine; das dem Rechtsträger der sämtlichen Erbschaftsgläubiger geleistete Versprechen kam sicherlich auch denjenigen zugute, die sich erst später gemeldet hatten.

ſich, wie es ſcheint, erſt verhältnismäßig ſpät zu den Formen erhoben, denen wir in der klaſſiſchen Zeit dafür begegnen, ſo hat dies nur darin ſeinen Grund, daß ſich dasſelbe bereits von altersher im Beſitz zweier Formen befand, die ſich auch noch im neuern Recht erhalten haben. Die eine war die Benutzung der hausuntertänigen Perſonen für den angegebenen Zweck, ſie ſtützte ſich auf den Satz, daß alles, was dieſe Perſonen erwerben, dem Gewaltinhaber zufällt. Vor allem waren es die Sklaven, deren man ſich zu dem Ende in ausgedehnteſter Weiſe bediente, und dieſer ihr juriſtiſcher Beruf gehört weſentlich mit zur vollſtändigen Charakteriſtik der Stellung, die ſie in der römiſchen Welt einnahmen. In welchem Maße die Römer ſich daran gewöhnt hatten, in ihnen bloße Inſtrumente zum Abſchluß von Rechtsgeſchäften zu erblicken, geht ſchlagend daraus hervor, daß die Juriſten in dem Fall, wo der Abſchluß der cautio rem pupilli salvam fore zwiſchen Tutor und Mündel durch das Kindheitsalter des letzteren ausgeſchloſſen iſt, dem Tutor das Mittel an die Hand geben, demſelben einen Sklaven zu kaufen, der ſtatt ſeiner jene cautio mit dem Tutor abſchließt.[326])

Dieſe Form litt jedoch an einem Mangel, ſie erſtreckte ſich nicht auf die prozeſſualiſche Stellvertretung. Dieſem Mangel half die zweite Form ab, die jedoch keineswegs auf dieſen Zweck beſchränkt war. Sie beſtand darin, daß der Beauftragte das Geſchäft in eignem Namen abſchloß und hinterher die Wirkungen desſelben auf den Mandanten übertrug. Wo die Vornahme des gewünſchten Aktes an Vorausſetzungen geknüpft war, die ſich nur in der Perſon des Mandanten, nicht in ſeiner eigenen vorfanden, mußten dieſelben erſt auf ihn übertragen werden, ſo z. B. das Eigentum des Grundſtücks, für das er eine Servitut erwerben oder an dem er ſie beſtellen ſollte.[327]) Dieſer Weg war nament-

326) War dies wegen Armut des Pupillen nicht möglich, ſo ward wiederum der servus publicus oder auch die Obrigkeit herangezogen, L. 2—4 Rem. pup. (46. 6), L. 1 § 15 de mag. conv. (27. 8).

327) L. 4 § 3 de alien. jud. (4. 7) . . dominio in eos (procuratores)

lich geboten im Prozeß. Um hier einen andern an die eigene Stelle zu setzen, blieb in alter Zeit nichts übrig, als das Verhältnis, welches den Gegenstand des Streites bildete, auf ihn fiduziarisch zu übertragen, also bei Eigentums- und Servitutenstreitigkeiten das Grundstück. Selbst bei einem Streit über eins der Gewaltverhältnisse war dieser Weg nicht ausgeschlossen, man manzipierte den Sklaven, das Kind, die Frau, ohne daß dieselben darum das Haus zu verlassen brauchten, und der jetzige Innehaber der Gewalt über sie führte in dieser Eigenschaft den Prozeß, dessen Verhandlung und Entscheidung sich auch in dieser Gestalt lediglich um das Recht des Autors drehte. Ich kann mir denken, daß ein Mann, der auf längere Zeit sich von seinem Hause entfernen mußte, ebenfalls diesen Weg einschlug, um den Seinigen, denen der Zutritt zu Gericht versperrt war, für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu sichern. Nur bei der Erbschaft und der Forderung war aus bekannten Gründen eine solche Übertragung ausgeschlossen. Wie bei der ersteren der Testator gleichwohl es erreichen konnte, dem eingesetzten Erben die Last, selber die Prozesse zu führen, zu ersparen und sie auf andere Schultern zu legen, ist oben mitgeteilt. Für die Forderungsverhältnisse blieb nichts anderes übrig, als sofort bei Begründung derselben den eventuellen Stellvertreter als Mitgläubiger (adstipulator) oder als Mitschuldner (adpromissor) heranzuziehen,[328] wenn nicht etwa der

plerumque ex justa causa translato (im Sinn der im justinianischen Recht ausschließlich geltenden Traditionstheorie interpoliert). Zu einem solchen Hin- und Herübertragen des Grundstücks bot gerade die Servitutentheorie mehrfache Veranlassung, so z. B. im Fall der L. 15 § 7 de usufr. (7. 1) (darüber meine Abh. in meinen Jahrbüchern für Dogmatik usw. I. S. 34) und in dem der Vat. fr. § 51. Auch für die Freilassung eines Sklaven konnte ein solcher Umweg nötig werden, so z. B., um des Falles der Verhinderung des Herrn am Erscheinen in Rom zu geschweigen, in dem der L. 13 de man. (40. 1) . . dubitationis tollendae causa ab agnato (curatore furiosi) tradendum servum, ut ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait.

328) Mit Recht erblickt man in diesem Stellvertretungszweck das ursprüngliche historische Motiv der adpromissio und adstipulatio. Puchta,

Gegner selber die Hand zur Novation der streitigen Forderung bot. Dagegen ließ sich die Akzeptilation durch Mittelspersonen sehr leicht bewerkstelligen, dadurch nämlich, daß die Forderung zunächst in ihrer Person noviert und dann von ihnen erlassen ward. Auch hier wiederum die Figur des Rechtsträgers — ein bloßer Figurant zur Erreichung von Rechtszwecken, die mit seiner Person nichts zu schaffen hatten.[329])

6. Erstreckung des Urteils auf die Zukunft.

Das Urteil des Richters kann nicht bedingt und nicht auf die Zukunft lauten,[330]) also auch keinen zurzeit noch nicht existenten Anspruch für den Fall seiner demnächstigen Existenz eventuell vorbehalten; der Kläger, der ihn gleichwohl vorher geltend macht, verliert ihn, denn der spätern Erhebung der Klage steht die exc. rei judicatae entgegen. Dieser Grundsatz konnte in manchen Verhältnissen höchst drückend werden. Ich setze z. B. den Fall der act. pro socio, die der Gesellschafter schon sofort nach aufgehobener Sozietät genötigt ist zu erheben, während noch bedingte Forderungs- oder Schuldverhältnisse schweben. Wie hier helfen?

Die Antwort des Juristen lautet: der Richter legt den streitenden Teilen auf, sich gegenseitig die demnächstige aktive und

---

Kursus der Institutionen II. § 156 Note c, III. § 277 Note z (Rudorff). Brinz, Kritische Blätter Nr. IV. S. 19—22.

329) L. 13 § 10 de accept. — (46. 4) . . nam et in absentium persona hoc remedio uti solemus: stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus a quo stipulati sumus: ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur. Desselben Umwegs hat sich nach dieser Stelle auch der Vormund zu bedienen, wenn eine Forderung oder Schuld seines Pflegebefohlenen durch Akzeptilation getilgt werden soll.

330) L. 35 de jud. (5. 1) Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt.

passive Teilhaberschaft an den zurzeit noch schwebenden Schuldverhältnissen zuzusichern, aus dieser cautio entsteht ein neuer, selbständiger Anspruch, dem seinerzeit, wenn die Bedingung desselben in Erfüllung gegangen, die exc. rei judicatae nicht im Wege steht.[331]) In derselben Weise half man sich überall, wo es wegen schwebender Verhältnisse, deren Berücksichtigung man dem Kläger billigerweise nicht zumuten konnte, eines eventuellen Urteils bedurft hätte. Man beendete den Prozeß in gewöhnlicher Weise durch Kondemnation oder Absolution, aber sorgte dafür, daß vorher das Fundament für eine eventuelle zukünftige Klage gelegt wurde.[332])

7. Indirekte Erzwingung der Naturalrestitution im Prozeß.

Das Urteil im Formularprozeß lautete bekanntlich immer auf Geld. Mit dem Geldwert der Sache war aber dem Kläger in allen solchen Fällen, wo dieselbe für ihn nicht bloß als Wertobjekt in Betracht kam, sondern ein individuelles, spezifisches Interesse hatte, wenig gedient; es war ihm um die Sache selber, nicht um das Geld zu tun. Wie ihm dazu verhelfen?

Diesem Zwecke diente eine eigentümliche Einrichtung des römischen Prozesses, die der actiones arbitrariae, welche das Prinzip der Naturalrestitution mit der der Geldkondemnation vereinigten. Der Richter ward angewiesen, nachdem er sich von dem Recht des Klägers überzeugt hatte, zunächst auf Naturalrestitution zu erkennen (arbitrium de re restituenda). Diese Auflage war freilich nicht direkt erzwingbar, es hing ganz vom Beklagten ab, ob er ihr Folge leisten wollte oder nicht; dadurch wird das Prinzip

331) L. 27, 38 pro soc. (17. 2).

332) L. 12 § 5 ad exhib. (10. 4), L. 23 § 5 de pign. (20. 1), L. 63 § 4 pro soc. (17. 2), L. 47 § 2 de pec. (15. 1), L. 9 § 5 quod met. (4. 2) (doli repromissio), L. 15 de O. N. N. (39. 1), L. un. § 7 Cod. Rei ux. (5. 13) u. a.

der Geldkondemnation aufrecht erhalten, das Endurteil mußte auch hier stets auf Geld lauten. Aber folgte er der ihm gewordenen Auflage nicht — wir können sie juristisch als einen ihm erteilten Rat bezeichnen —, so ward der Kläger zum juramentum in litem zugelassen, bei dem er den Betrag seines Interesses so hoch greifen konnte, als er nur wollte, und auf den der Richter im Endurteil zu erkennen hatte. Der Beklagte wurde damit ganz in die Hände des Klägers gegeben — es war eine Schlinge, die er nur zuzuziehen brauchte, um ihn an den Bettelstab zu bringen —, eine Aussicht, der nur ein Wahnwitziger spotten konnte.

8. Indirekte Einwirkung eines richterlichen Ausspruches.

Sollte über irgend ein Faktum ein richterlicher Ausspruch erwirkt werden, so geschah dies in der Weise, daß von den Personen, unter denen dasselbe streitig war, die eine sich von der andern irgend eine beliebige unbedeutende Summe für den Fall versprechen ließ, daß dasselbe wahr sei, und dann auf Zahlung der Summe Klage erhob (sponsio praejudicialis, II 86). Um über letztere zu entscheiden, war der Richter genötigt, sich über das Dasein der Bedingung ein Urteil zu bilden, er erkannte also mittelbar über die streitige Tatsache. Die Anwendung dieses Mittels im römischen Verkehr war ganz Sache der freien Vereinbarung der Parteien, aber seine Brauchbarkeit bewirkte, daß es auch im Prozeß als prozessualische Einrichtung Aufnahme fand, so daß also die streitenden Teile gezwungen werden konnten, über einen streitigen Punkt eine solche sponsio praejudicialis einzugehen.

9. Indirekte Erzwingung eines facere.

Die Obligation des ältern Rechts hat die Sache, d. h. das dare, zu ihrem Grunde und zu ihrem Zweck oder Gegenstand, ein facere kann nicht wirksam versprochen werden. Anderseits

ist aber doch für einen einigermaßen entwickelten Verkehr die juristische Erzwingbarkeit eines versprochenen facere ein unabweisbares Bedürfnis. Der Weg, auf dem der ältere Verkehr dasselbe befriedigte, ist ganz derselbe, wie in dem vorhergehenden Fall: der der indirekten Erzwingung. Der Promittent verspricht für den Fall, daß er die zugesicherte Handlung nicht vornimmt, eine Geldsumme, hoch genug gegriffen, um den gewünschten Zwang auf ihn auszuüben (Konventionalpön).[334])

10. Übertragbarkeit der Forderungen.

Die Obligation ist nach römischer Auffassung unlöslich mit der Person des Gläubigers und Schuldners verknüpft, ein Wechsel der Personen, wie er bei der Delegation stattfindet, ist Aufhebung der bisherigen Obligation und Errichtung einer neuen. Der Umstand, daß die aktive Delegation Einwilligung und Mitwirkung des Schuldners voraussetzte, machte die Benutzung dieser Form für den Zweck der Übertragung der Obligation zu einer höchst lästigen und unsicheren, es bedurfte für den regen Handels- und Geldverkehr der spätern Zeit einer andern Form, die nicht an diese Voraussetzung gebunden war. Dies war bekanntlich die Zession. Die Form, in der sie das Problem der Übertragung der Obligation löste, ohne mit dem einmal adoptierten obigen Dogma in Widerspruch zu geraten, bestand in der Verwendung der zu jener Zeit bereits zugelassenen prozessualischen Stellvertretung. Dem Zessionar ward die Vollmacht zur Anstellung der Klage (mandatum ad agendum) erteilt, er führte den Prozeß wie ein gewöhnlicher Prozeßprokurator, nur daß er das Beigetriebene für sich selber behielt (procurator in rem suam).

---

334) Demselben Zweck diente das oben (S. 192 Anm. 240a) in der vorliegenden Auflage kurz geschilderte Institut der Einständer, das Versprechen des dare hatte auch hier nur die Bestimmung des facere zu erzwingen.

11. Indirekte Zweiseitigkeit der einseitigen Obligation.

Das ältere Recht kannte nur einseitige Obligationen (S. 201 fl.), aber die Bedingung bot das Mittel, ihnen den Erfolg zweiseitiger zu verschaffen. Wünschten z. B. die Kontrahenten bei einem Kaufkontrakt, der nach altem Recht in die Form zweier einseitiger Stipulationen gekleidet werden mußte, sich gegen die daraus sich ergebende Gefahr, daß der eine Teil auf Erfüllung klage, ohne seinerseits bereits geleistet zu haben, sichern zu wollen, wollten sie m. a. W. den Erfolg des zweiseitigen Vertrages, daß die Leistung Zug um Zug geschehe, herbeiführen, so nahm jeder in sein Versprechen die entsprechende Bedingung der Gegenleistung auf (spondesne centum dare, si equum dederim? equum dare, si centum dederim?). Ebenso verfuhr der Testator, der, was in direkter Weise nicht zu beschaffen war (S. 204), dem Legatar eine Leistung an einen andern auferlegen wollte (heres damnas esto Maevio centum dare, si Maevius Titio equum dederit). Die Bedingung hat für das ältere Recht die historische Bedeutung eines Surrogats für die mangelnde Zweiseitigkeit.

Die bisher mitgeteilten Beispiele werden zur Genüge erwiesen haben, wie sehr die römischen Juristen es verstanden haben, durch geschickte Benutzung der vorhandenen Mittel den Anforderungen des praktischen Lebens gerecht zu werden. Es war nicht ihre Weise, ein begründetes Verlangen achselzuckend damit abzuweisen, daß es sich mit der Theorie nicht vertrage, sie hielten es für eine wesentliche Seite ihres Berufes, selber die Mittel aufzufinden, um demselben zu entsprechen und dem Verkehr die juristischen Wege zu ebnen und bahnen, die er nötig hatte, um seine Zwecke zu erreichen, kurz, ihre Kunst war zugleich eine praktische Rechtsheuristik, Kautelarjurisprudenz im weitesten Sinne des Worts. Diese Seite ihrer Kunst bildete nicht etwa einen be-

sonderen Zweig für sich, sondern ein untrennbares, allgegenwärtiges Element der Rechtstheorie, d. h. auch bei ihren rein theoretischen Untersuchungen stellen die römischen Juristen sich nie auf den Standpunkt einer rein wissenschaftlichen Vertiefung in die Rechtswelt nach Art der Naturforscher, sondern sie halten stets die praktische *Bestimmung* der Rechtssätze und Begriffe, das *Zweckmoment* fest im Auge, geben daher überall die Mittel und Wege an, um den Verlegenheiten, die aus der strengen Durchführung der Theoreme sich für das Leben ergeben können, zu entgehen,[335] während wir heutzutage dasselbe nur zu oft ruhig in der Sackgasse stecken lassen, in die es durch unsere eigene Schuld geraten ist. Der Umstand, daß unser heutiges Recht die Ausbildung dieser heuristischen Geschicklichkeit in ungleich geringerem Maße beansprucht und fördert, als das altrömische, indem es der rechtlichen Bewegung von vornherein einen weit größeren Spielraum öffnet als letzteres, dieser Umstand hat zur Folge gehabt, daß wir für die vielfachen Proben derselben in unseren Quellen ein ungleich geringeres Wahrnehmungsvermögen besitzen, als wir es sonst haben würden. Uns genügt regelmäßig die Konstatierung des *Rechtssatzes*; welcher *Rechtszweck* durch denselben gefördert werden soll, kümmert uns wenig. Wir registrieren den Satz, daß auch Sklaven zu Erben eingesetzt werden konnten, ohne dabei die so nahe liegende Frage aufzuwerfen, was denn den Testator veranlassen konnte, statt des Herrn seinen Sklaven einzusetzen (S. 250). Es genügt uns, zu wissen, daß die Tradition einer res mancipi kein Eigentum übertrug, auf die Frage aber, was denn die Parteien veranlassen konnte, die Sache, anstatt zu manzipieren, bloß zu tradieren, bleiben wir entweder die Antwort schuldig, oder wir geben eine solche, die unmöglich befriedigen kann, wie z. B. daß sie sich die Weitläufigkeit der Manzipation hätten ersparen wollen — als wenn fünf Zeugen und eine Wagschale in Rom schwer zu haben

335) S. z. B. die Stellen in Note 320, 324—327, 329; viele sonstige Beispiele in den justinianischen Pandekten.

gewesen wären! — oder daß die Manzipation nur unter Gegenwärtigen hätte beschafft werden können — als ob dem Sklaven oder Stellvertreter[335a]) des Abwesenden nicht ebensogut hätte manzipiert als tradiert werden können! Läßt sich denn nicht ein ganz verständiger praktischer Zweck dafür denken? Ich sollte es meinen! Was unser heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res mancipi die Tradition derselben, die Manzipation erfolgte erst, wenn der Kaufpreis gezahlt war, bis dahin hatte der Verkäufer Sicherheit an seinem Eigentum und der daraus sich ergebenden rei vindicatio, der in diesem Fall eine exc. rei venditae et traditae mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden konnte.

Ein anderes, allerdings erst der späteren Kaiserzeit angehöriges, aber ungemein feines Probestück römischer Kautelarjurisprudenz, das ebenfalls regelmäßig ganz übersehen wird, bietet die Verbindung des Vorkaufsrechts mit dem Anspruch auf die sog. quinquagesima (Alienationsgebühr) bei der Emphyteusis.[336]) Zu welchem Zweck diese Verbindung? Beide Rechte stützen und sichern sich gegenseitig. Gibt der Emphyteuta, um den Eigentümer von der Ausübung seines Vorkaufsrechts abzuschrecken, den ihm gebotenen Kaufpreis beträchtlich höher an, als er wirklich ist, so berechnet ihm letzterer von diesem Preise die Alienationsgebühr; gibt er umgekehrt, um ihn in bezug auf letztern zu verkürzen, den Kaufpreis niedriger an, so wählt der Eigentümer das Vorkaufsrecht. Die Verbindung beider Rechte bewirkt mithin, daß der Emphyteuta sich nicht nach der einen Seite von der Wahrheit entfernen kann, ohne sich nach der andern in seiner eigenen Schlinge zu fangen — eine juristische Zwickmühle![337])

335a) Bei Benutzung eines Stellvertreters natürlich mittelst doppelter Manzipation: der des Gebers an ihn, und seiner eigenen an den Auftraggeber.

336) Dieselbe war bereits vor Justinian üblich, L. 3 Cod. de jure emph. (4.66) quod usque ad praesens tempus perpetrari cognovimus; Justinian hat nur ihren Betrag auf $^1/_{50}$ fixiert.

337) Ein würdiges Seitenstück dazu aus älterer Zeit war die fructus

2. Die Schleichwege des Lebens.

Die Verwendung der Rechtsverhältnisse im Leben. — Mißbrauch der Familienverhältnisse. — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beschränkungen.

LVII. Dieselbe Kunst, die, wie wir soeben gesehen haben, bemüht war, das Recht zu stützen, zu fördern und zu vervollkommnen, diente im Leben auch dazu, seinen Bestimmungen auszuweichen, sie zu umgehen und zu vereiteln. Den Umwegen, welche die Wissenschaft einschlug, um *erlaubte* Zwecke zu erreichen, korrespondierten die Schleichwege, deren das Leben sich bediente, um *unerlaubte* Zwecke zu verfolgen. Mögen es Juristen oder Nichtjuristen gewesen sein, deren Schlauheit diese Schleichwege ausgefunden hatte, jedenfalls bilden letztere selber kein Stück der römischen *Jurisprudenz*, denn die Wissenschaft hat die Wege des Rechts zu lehren, nicht die des Unrechts. Sie würden daher ganz außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe fallen, wenn nicht ein doppelter Grund uns nötigte, auch ihnen einen Blick zuzuwerfen. Einmal nämlich die Tatsache, daß manche von ihnen im Laufe der Zeit als *Scheingeschäfte*, d. h. als vom Recht und von der Jurisprudenz adoptierte *Geschäftsformen* (§ 58) eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangten, und sodann der Umstand, daß sie, indem sie das Recht und die Jurisprudenz in die Lage versetzten, ihnen entgegenzutreten, dadurch

---

licitatio beim interdictum uti possidetis, erinnernd an den Salomonischen Richterspruch; sie diente als Probierstein zur Entdeckung des wahren Berechtigten. Der provisorische Besitz während des Prozesses ward zwischen beiden Parteien versteigert, der wirkliche Besitzer hatte es also in seiner Hand, den Preis so hoch zu treiben, daß der Nichtberechtigte von Sinnen hätte sein müssen, um ihn zu überbieten, oder daß er, wenn er es dennoch getan hätte, ihm den größten Gefallen damit erwiesen haben würde; es war ein Mittel ähnlicher Art, wie das juramentum in litem bei den actiones arbitrariae (S. 256). Wie unvollkommen erscheint dagegen unser heutiges Summariissimum!

die Veranlassung und Quelle mancher nur von diesem Gesichtspunkt aus zu erklärender Rechtssätze wurden.[337a]) Die römische Schlauheit war in der Entdeckung solcher Schleichwege ungemein erfinderisch. kaum war ihr der eine abgeschnitten, so war bald ein anderer da, kaum aus diesem Schlupfwinkel durch das Gesetz vertrieben, hatte sie sofort wiederum einen andern in Besitz genommen — ein Schauspiel, das unwillkürlich das Bild eines in seinem Bau umstellten und angegriffenen Fuchses vor die Augen führt. Wem es gelänge, diesen Kampf bis in seine Einzelheiten zu verfolgen und zu schildern, dem römischen Fuchse in alle seine gewundenen Gänge und Wege nachzuschleichen, würde damit ein Blatt römischer Rechtsgeschichte ausgefüllt haben, das zurzeit fast noch unbeschrieben ist, und das uns doch zweifellos sehr interessante Aufschlüsse geben, uns den Sinn so mancher Rechtssätze enthüllen würde, die für uns, solange wir gewohnt sind, den Zugang zu ihnen, statt unter der Erde, mit Hilfe des Luftballons[338]) von den Wolken her zu suchen, ewige Rätsel bleiben

---

337a) [Zusatz zur vierten Auflage]. Als Beispiel nenne ich die exceptio litis residuae und litis dividuae (Gaj. IV. 122). Wozu diese Einreden? Man versteht nicht, was einen Kläger veranlassen konnte, bloß einen Teil seines Anspruchs oder von mehreren Ansprüchen bloß einen einzuklagen, und warum ihm in beiden Fällen die klageweise Verfolgung des Rechts während derselben Prätur versagt ward. Ich erblicke den Grund darin, daß der Kläger erst die Probe machen wollte, um zu sehen, wie die Sache verlief (ballon d'essai). Fiel sie schlecht aus, so wartete er den nächsten Prätor ab, fiel sie gut aus, so holte er den ganzen Rest während dieser Prätur nach. Hatte der gegenwärtige Prätor dem Beklagten eine Einrede gewährt, so blieb es möglich, daß sein Nachfolger sie versagte, und der Kläger wartete, hatte er sie versagt, so klagte er sofort weiter. War die Bestellung des Richters für den einen der von mehreren erhobenen Ansprüche nach seinem Wunsche ausgefallen, so brachte er auch die noch fehlenden an, und er konnte darauf rechnen, daß er für seine sämtlichen Rechtshändel denselben Richter erhielt; paßte der Richter ihm nicht, so schob er die übrigen Klagen auf. Dieses probeweise Klagen sollte durch jene beiden Einreden verhindert werden.

338) Ein zelebres Beispiel einer solchen Luftballonserklärung in einem Fall, in dem der Zugang allein unter der Erde zu suchen war, liefert der oben S. 149 besprochene Satz: nemo pro parte testatus usw. Für ge-

werden. Ich hatte mir vorgenommen, an dieſer Stelle das Material, das ich mir für dieſen Zweck geſammelt habe, vollſtändig zu verwerten, dasſelbe iſt jedoch ſo angewachſen, und der Verſuch der Verarbeitung desſelben hat mich ſo ſehr in Einzelheiten und ins Weite geführt, daß ich Anſtand nehme, ihn hier einzufügen, und mich lieber auf eine kurze Skizze beſchränke.

Wenn ich zunächſt den Geſamteindruck, mit dem meine Unterſuchungen abgeſchloſſen haben, in ein Wort zuſammenfaſſen darf, ſo beſteht er in der Überzeugung, daß eins der ſchwierigſten Probleme, die an den Geſetzgeber überhaupt herantreten können, darin beſteht, ſein Geſetz gegen Umgehungen ſicherzuſtellen, und daß alle Kunſt, die er aufbietet, es zu ſchützen, derjenigen, die das Leben anwendet, es zu durchlöchern, zu untergraben, zu ſtürzen, kaum gewachſen iſt. Wer noch den Glauben teilt — ein Glaube, von dem auch die Geſetzgeber nicht ſelten nichts weniger als frei geweſen ſind —, daß es einfach genüge, etwas zu gebieten oder zu verbieten, um den gewünſchten Erfolg zu erreichen, gleich als ob bloß die Schärfe des Schwertes genüge, um zu treffen, und nicht auch der wuchtigſte Schlag dadurch, daß der Gegner ihm ausweicht, zu einem bloßen Lufthieb werden kann — wer alſo dieſen Wahn noch teilt, der leſe das Blatt Geſchichte, das ich ihm im folgenden aufrollen werde, um von demſelben gründlich geheilt zu werden.

Die Klagen über die Unerſchöpflichkeit der auf die Vereitelung der Geſetze gerichteten Liſt und die Erfolgloſigkeit oder wenigſtens den geringen Erfolg der ihr entgegengeſtellten geſetzlichen Maßregeln wiederholen ſich in Rom zu allen Zeiten, und würde es an ausdrücklichen Ausſprüchen fehlen,[339]) die fortgeſetzten Bemühun-

wiſſe Naturen wird freilich der Luftballon immer ſeinen Reiz behalten, es hat etwas ungleich Verführeriſches in den Wolken zu ſchweben und auf die Welt herabzuſehen, als unter der Erde um den Dachsbau herumzuſchleichen und nach dem verborgenen Eingang zu ſuchen.

339) In Wirklichkeit fehlt es daran nicht, ſo z. B. Tac. Ann. VI. 16 (bei Gelegenheit der Wuchergeſetze) multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur. L. 1

gen, deren die Gesetzgebung und die Jurisprudenz bedurfte, um bei einem und demselben Verhältnis eine notdürftige Sicherung zu bewirken, würden das beredteste Zeugnis dafür ablegen. Kein Verhältnis, das nicht einer derartigen fraudulösen Benutzung ausgesetzt gewesen wäre, nichts war heilig, weder die Ehe, noch das elterliche Verhältnis, noch die Ehre, kein Rechtsinstitut, das man nicht in den Staub gezogen hätte, um irgend einen schnöden Zweck damit zu erreichen, und ohne es zu wissen, mußte oft selbst die Obrigkeit ihre Hand dazu bieten, die Verfolgung illegaler Zwecke durch das Urteil in einem abgekarteten Prozeß zu fördern.[340]) Den äußersten Tiefegrad erreichte dieser Unfug allerdings erst in der Zeit der sittlichen Versunkenheit und Verwilderung, als alle Bande der Zucht und Scham zerrissen waren. Damals schrak die entartete Damenwelt der höheren Kreise ebensowenig davor zurück, sich durch Anmeldung beim Ädilen unter die Zahl öffentlicher Dirnen einen Freibrief von den Unzuchtgesetzen zu erwirken, als die dem zarten Geschlecht vollkommen ebenbürtige männliche Jugend vor der Schande der Infamie, um sich dadurch das für infame Personen straflose Auftreten auf der Bühne zu ermöglichen.[341]) Aber selbst die gute alte Zeit ist von dem Vorwurf, das erste Beispiel zu einer solchen Versündigung gegeben zu haben, nicht freizusprechen, und die Jurisprudenz trägt daran ebenfalls einen Anteil der Schuld. Es ist dies ein für die ganze

pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) multas invenientibus vias. Gaj. I. 46 . . sunt etiam specialia SCa, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem ejus legis (Furiae Caniniae) excogitata sunt.

340) Hier ist natürlich nicht an die in jure cessio gedacht, bei welcher der Zweck ja ein erlaubter und der Obrigkeit bekannter war, sondern an solche Fälle, wo dies nicht der Fall war, z. B. Anstellung einer act. famosa zu dem Zweck, daß der Beklagte infam und dadurch von gewissen gesetzlichen Beschränkungen frei werde. Sueton. Tiber. c. 35: quo minus in opera scenae arenaeque edenda senatusconsulto tenerentur, famosi judicii notam sponte subibant; Anstellung des judicium liberale, damit der Freigelassene die Rechte des Freigebornen erhalte, L. 1, 5 de coll. deteg. (40. 16), Suet. Aug. c. 74: asserto in ingenuitatem.

341) Über beides das Zitat der vorigen Note von Sueton.

Weise der Römer und damit auch der römischen Juristen höchst bezeichnender Punkt. Über dem strengen Festhalten des juristischen Moments haben sie, ohne es zu wissen und wollen, das ethische preisgegeben. Die Benutzung der Ehe als bloßer Scheinehe für die Verfolgung gewisser legislativ nicht zu beanstandender Zwecke (§ 58) mochte immerhin vom einseitigen Standpunkt juristischer Technik sich noch sehr empfehlen, eine Jurisprudenz, die sich auf den höhern legislativ-politischen und ethischen Standpunkt gestellt hätte, würde nie ihre Zustimmung dazu gegeben haben, denn selbst in Anwendung auf erlaubte Zwecke enthält eine solche Verwendung der Ehe als bloßer Form eine Versündigung gegen ihr wahres Wesen und zugleich das Signal, sich ihrer auch zu andern, minder beifallswürdigen Zwecken zu bedienen, kurz sie schlechthin als ein gleichgültiges Mittel zum Zweck zu betrachten. Das ist überhaupt die dunkle Kehrseite jener einseitig juristischen Lebensauffassung, welche die Römer kennzeichnet und in der Technik der Juristen nur ihren höchsten Gipfelpunkt erreicht, daß sie, indem sie die vorhandenen Verhältnisse rein vom Standpunkt ihrer juristischen Brauchbarkeit erfaßt, sie als bloßen Apparat für beliebige Zwecke verwendet, zu jener Gleichgültigkeit gegen das wahre Wesen der Dinge, jenem formalistischen Nihilismus geführt hat, der schon früh einen Charakterzug des römischen Volkes bildet. Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt!

Das römische Leben soll diese Anklage selber begründen, und zwar durch die Art, wie es die Familienverhältnisse behandelt hat.

Es ist bezeichnend, daß jener Mißbrauch derselben, den ich hier im Auge habe, schon in eine Zeit hinaufreicht, wo dieselben im übrigen noch in voller, ungeschwächter Kraft bestanden. Schon Licinius Stolo war es, der, um dem von ihm selbst beantragten Gesetz zu entgehen, seine Kinder emanzipierte und dafür vom Volk bestraft ward (III. 469). Schon Publius Scipio klagte als Zensor darüber, daß die Adoption benutzt werde, um sich der Ver-

teile, die der Besitz der Kinder gewähre, zu versichern,[342]) und Scheinadoptionen und Scheinverkäufe der Kinder ins Manzipium dienten im sechsten Jahrhundert den Mitgliedern der latinischen Gemeinden als allbetretener Weg, um das römische Bürgerrecht zu erlangen.[343]) Auch die Eingehung simulierter Ehen, um den Nachteilen der Ehelosigkeit zu entgehen, muß offenbar schon in alter Zeit häufig gewesen sein, denn der dagegen berechnete, von den Zensoren auferlegte Eid, daß die Ehe in ernstlicher Absicht geschlossen sei,[344]) kann jedenfalls nicht in dem zu diesem Verdacht so wenig Anlaß bietenden Fall des Carvilius Ruga zuerst zur Anwendung gelangt sein. Auch die strenge Untersuchung, die man bei der Arrogation anstellte, um einer mißbräuchlichen Anwendung zu steuern, sowie der dabei zu leistende, von Q. Mucius schwerlich erst erfundene, sondern nur besser formulierte Eid[345]) weist darauf hin, daß rücksichtlich dieses Aktes eine solche Gefahr früh bestanden haben muß, und die ausgeprägte Gestalt, in der die Arrogation in dem bekannten Fall des Clodius als gewohnheitsrechtlich anerkannte Form zum Zweck des Übertritts der Patrizier zur Plebs zur Anwendung gelangt (§ 58), berechtigt zu dem Schluß, daß wenigstens diese Verwendung der Arrogation zu einem ihr völlig fremden Zweck im Leben bereits lange vorher stattgefunden haben muß.

342) Gell. V. 19.

343) Liv. 41, 8, dazu Adolf Schmidt, Rektoratsprogramm, Freiburg 1856. Wer Nachkommenschaft daheim ließ, konnte nach Rom ziehen und römischer Bürger werden. Wer Kinder besaß, manzipierte sie vor seiner Übersiedelung irgend einem Römer und ließ sie daheim; letzterer ließ sie sodann frei, und da sie dadurch römische Bürger wurden, hatte die Gemeinde ihren Anspruch an sie verloren. Wer keine Kinder besaß, fand für weniges irgend einen Proletarier, der sich von ihm lediglich zu dem Zwecke adoptieren ließ, um als „Kind" zurückgelassen zu werden.

344) Liberorum quaerendorum gratia se uxorem habiturum, Gell. IV. 3; oder die Frage: ex animi tui sententia, Cic. de orat. II. 64, Gell. IV. 20. Savigny, Vermischte Schriften I. S. 84 ff. Bestrafung der Scheinehe, Val. Max. VII. 7, 4.

345) Gell. V. 19.

Das Übel, das diese Erscheinungen schon so früh zutage rief, saß tief, es lag in der rechtlichen Organisation der römischen Familienverhältnisse selber. Indem dieselben über Gebühr mit vermögensrechtlichen und persönlichen Folgen ausgestattet waren, beschworen sie selber die Gefahr des Mißbrauchs herauf. Wer kann es dem Vater verdenken, daß er seinen Sohn emanzipiert,[346] wenn dies der einzige Weg ist, die ihm deferierte mütterliche Erbschaft ihm selber und nicht mittelbar den Gläubigern des Vaters oder dem Fiskus zuzuwenden? Wer wird es nicht billigen, daß eine Frau den Wunsch hegt, ihren Nachlaß statt den reichen Agnaten lieber ihren bedürftigen Kognaten zuzuwenden? Das Recht aber öffnete ihr dafür keinen andern Weg, als den einer Scheinehe (§ 58).

Der Grund, warum in unserm heutigen Leben Emanzipationen, Arrogationen und Adoptionen eine so große Seltenheit bilden, während sie in Rom zur Tagesordnung gehörten, liegt lediglich darin, daß unsere heutige Organisation der Familienverhältnisse eine gesündere geworden, und daß selbst das sekundäre Interesse derselben für eine Reihe sonstiger Verhältnisse hinweggefallen ist.[347] Ich wüßte nicht, was man heutzutage Großes durch sie erreichen könnte, das nicht auch auf anderm Wege zu erzielen wäre.

Der soeben geschilderte Krebsschaden der römischen Familie ward zur vollsten Blüte gebracht durch ein Gesetz, welches gerade die Bestimmung hatte, ihr aufzuhelfen: die lex Julia und Papia Poppaea. Indem dies Gesetz, ganz im Stil des Polizeistaates

---

346) L. 26 de jure fisci (49. 14).

347) z. B. für die in der spätern Kaiserzeit so übliche Konfisation. Den Kindern, selbst den Adoptivkindern, ward dabei ein Teil des väterlichen Vermögens gelassen, — Grund genug, um bei drohender Konfiskation durch Scheinadoptionen einen Teil des Vermögens in Sicherheit zu bringen, L. 7 § 2 de bonis damn. (48.20). Ferner für das Erbrecht: wen man nicht zum Erben einsetzen konnte, den konnte man möglicherweise adoptieren und ihm auf diese Weise die Erbschaft zuwenden. Für die Befreiung von Kommunallasten: L. 15 § 2, 3 ad Munic. (50. 1).

des vorigen Jahrhunderts, vermögensrechtliche Belohnungen und Strafen in Anwendung brachte, um auf die Eingehung von Ehen und die Fruchtbarkeit der Gatten hinzuwirken, vermehrte es damit nur das Gewicht der äußern Zwecke und Rücksichten, die schon bis dahin sich wie ein Bleigewicht an die Familie geheftet und die rein sittliche Selbstbestimmung ihrer Bewegung gelähmt hatten. Es ist hier nicht der Ort, die tiefe Unsittlichkeit dieses Gesetzes, das selbst der Witwe und der geschiedenen Frau nicht schonte,[348]) Greise und Greisinnen in die Ehe trieb[349]) und das Leben manches wider Willen erzeugten Kindes[350]) und manchen Ehebruch[351]) auf dem Gewissen haben mag, näher zu kennzeichnen, aber die römische Natur hätte sich völlig verleugnen müssen, wenn sie nicht bei einem so empfindlichen Eingriff allen Scharfsinn aufgeboten hätte, um dem Gesetz zu entgehen. Kaum war es erlassen, als Augustus, der Urheber desselben, bereits Veranlassung hatte, einige der eingeschlagenen Schleichwege zu verbieten.[352]) Ehescheidungen und Scheinehen waren die unausbleibliche reiche Frucht der von ihm gesäten Saat,[353]) und die Künste, die man in den Testamenten aufbot, um den widerwärtigen Beschränkungen letztwilliger Erwerbsfähigkeit zu entgehen, waren unerschöpflich; selbst die Juristen nahmen keinen Anstand, die Kaduzitätsbestimmungen soviel wie möglich zu vereiteln.[354])

348) Ulp. XIV.

349) Ulp. XVI. 1, durch das SC. Persicianum und Claudianum allerdings modifiziert, § 3, 4 daselbst.

350) Ulp. XV. 2, XVI. Ia . . si tres (liberos) post nominum diem amiserint. Hatten sie diesen Termin erlebt, so konnte man sie später wieder verschwinden lassen, die Prämie blieb.

351) Oder ein ähnliches Vergehen der Frau bald nach dem Tode des Mannes, arg. si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit, Ulp. a. a. O.

352) Sueton. Aug. c. 34: Cumque etiam immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret etc.

353) L. 30 de R. N. (23. 2) Gajus ad legem Juliam et Papiam: simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

354) L. un. pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) . . (legis Papiae) in-

Am meiſten ſcheint ſich die Abneigung und der Widerſtand des Volks und die in deren Dienſte tätige Kunſt der Umgehung gegen drei Arten von Beſchränkungen gerichtet zu haben, die der Zinſen, der letztwilligen Verfügungen und der Freilaſſung der Sklaven. Ich greife das zweitgenannte Beiſpiel zur näheren Ausführung heraus.

Das ältere Erbrecht ſeit Einführung des Manzipationsteſtaments kannte für die letztwilligen Verfügungen keine weitere Beſchränkung, als die ſich aus dem Erfordernis der Erbfähigkeit der honorierten Perſon ergab. Bedacht werden konnten nur ſolche Perſonen, die das commercium hatten, alſo keine Peregrinen. Die erſte poſitive Beſchränkung, welche die Geſetzgebung hinzufügte, hatte die Höhe der Legate zum Gegenſtand, und es erſchienen darüber bekanntlich drei Geſetze mit wechſelnden Beſtimmungen: die lex Furia, Voconia, Falcidia. Es iſt eine auffallende Erſcheinung, daß, während die beiden erſtern in ganz vorſichtiger Weiſe neben dem Legat auch das „mortis causa capere“ mit nannten,[355]) die lex Falcidia ſich deſſen entſchlug und lediglich das Legat erwähnte.[356]) Damit war, man möchte faſt glauben mit Abſicht, eine Hintertür geöffnet. Wer ſich dem Geſetz entziehen wollte, brauchte die Zuwendung nur in die Form einer mortis causa donatio einzukleiden oder die gewünſchte Leiſtung zur Bedingung der Erbeseinſetzung zu machen (Note 145); beides war kein Legat, fiel alſo nicht unter das Geſetz. Dasſelbe galt von den Fideikommiſſen. Daß man bei der Erhebung derſelben zur Klagbarkeit es verſäumte, die lex Falcidia auf ſie zu übertragen, war eine Unterlaſſung — ob abſichtliche oder unabſichtliche, bleibe dahin geſtellt —, welche den praktiſchen Fortbeſtand des Geſetzes ſo gut wie in Frage ſtellte und aus dem Grunde ſehr bald nachher unſchädlich gemacht werden mußte.

---

vidiosum vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret.

355) Gaj. II. 225, 226.

356) Gaj. II. 227 und L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2).

Ungleich unbequemer und drückender, als diese objektive Schranke der Testierfreiheit, waren die subjektiven, welche die lex Voconia hinsichtlich der Weiber, die lex Junia Norbana rücksichtlich einer gewissen Klasse der Freigelassenen, vor allem aber die obenerwähnte lex Julia und Papia Poppaea hinsichtlich der Kinderlosen und Ehelosen zog, und diese subjektiven Schranken, zu denen sich noch die rücksichtlich der Peregrinen aus dem ältern Recht hinzugesellte, waren es vornehmlich, gegen welche man Jahrhunderte hindurch alle Kunst und Schlauheit aufbot. Eine Menge erbrechtlicher Institute, Begriffe und Rechtssätze verdanken diesem Bestreben und dem ihm von seiten der Gesetzgebung und der Jurisprudenz entgegengesetzten Widerstand ihren Ursprung. Meinem obigen Vorsatz getreu, verzichte ich darauf, den Kampf bis in seine Einzelheiten zu verfolgen, insbesondere also nachzuweisen, wie die Gesetzgebung und die Jurisprudenz den Angreifer aus einer Position nach der andern verdrängte. Es möge genügen, einfach die hauptsächlichsten Mittel zu bezeichnen, deren man sich zu dem angegebenen Zweck bediente.[357])

1. Die Fideikommisse. Als das historische Motiv des Aufkommens der Singularfideikommisse führt Gajus[358]) ausdrücklich die Erbunfähigkeit der Peregrinen an. Die ersten Fälle des Universalfideikommisses, von denen wir meines Wissens Kunde haben, betrafen die durch die lex Voconia beschränkte Erbfähigkeit der Frauenzimmer.[359]) Daran reihten sich seit der lex Julia und Papia Poppaea die Fideikommisse an Kinderlose und Ehelose. Seitdem derartige Fideikommisse untersagt, beziehungsweise ganz oder zum Teil dem Ärar oder dem Fiskus[360]) zugesprochen worden waren, schlug man andere Wege ein, wozu

357) Daß dieselben nicht auch andern Zwecken dienen konnten, soll damit ebensowenig behauptet werden, als daß es zu dem obigen Zwecke nicht noch andere gegeben habe.

358) Gaj. II. 285 . . et fere haec fuit origo fideicommissorum.

359) Cic. de finib., II. 17, 18.

360) Gaj. II. 285—286a.

der des Fideicommissum tacitum gehörte, d. h. man entzog dasselbe der Kunde der Obrigkeit, indem man es nicht im Testament selber anordnete, sondern der onerierten Person im geheimen das Versprechen oder den Eid abnahm, es auszahlen zu wollen, ein Versprechen, das allerdings gleich den Fideikommissen in alter Zeit ganz von der Zuverlässigkeit und Treue des Subjekts abhing, gleichwohl aber, wie sie, in den meisten Fällen seinen Zweck erreichte.[361] Diese fideicommissa tacita machten der Gesetzgebung viel zu schaffen.[361a])

2. Benutzung der Bedingung für den angegebenen Zweck. Die Erbeseinsetzung oder das Legat wird an die Bedingung geknüpft, daß die bedachte Person die gewünschte Leistung vornehme,[362] verspreche oder eidlich angelobe,[363] oder es wird ihr ein Straflegat (legatum poenae nomine relictum) an eine fähige Person auferlegt, für den Fall, daß dieselbe unterbleibe. Eine solche Anordnung fiel nicht unter den Gesichtspunkt eines Vermächtnisses, es war keine direkte, sondern eine indirekte Zuwendung; der Bedachte, welcher ihr nachkam, tat es lediglich, um die Bedingung zu erfüllen (conditionis implendae causa datum).

3. Einkleidung in die Form der Schuld, entweder im Testament selber (legatum debiti)[364] oder mittelst einer auf den Tod des Promittenten ausgestellten Stipulation.[365])

---

361) Ulp. XXV. 17. L. 103 de leg. I. L. 10 pr. L. 23 de his quae ut (34. 9), L. 3 pr. § 3 L. 40 de J. F. (49. 14).

361a) S. z. B. noch Nov. 89 c. 12 § 1 und § 3.

362) Conditio dandi, L. 36 de m. c. don. (39. 6)

363) Letzteres ist die conditio jurisjurandi, auf deren praktisches Motiv zuerst Huschke (Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. B. 14 Nr. 12) aufmerksam gemacht hat.

364) L. 27 de prob. (22. 3), L. 37 § 6 de leg. III. Val. Max. VIII 2, 2 .. expensa ferre sibi passus est, eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. L. 44 [45] i. f. Cod. de episc. (1. 3) .. simulata quaedam obligatio sub specie mutui.

365) Gaj. III. 100. Die Fassung: post mortem tuam dari spondes?

4. Niederlegung der Sache oder Summe bei einer zuverlässigen Mittelsperson mit der Bestimmung, sie nach dem Tode des Gebers der gewünschten Person einzuhändigen,[366]) oder Anweisung zur Auszahlung im gleichen Fall an den Schuldner,[367]) zu mehrerer Sicherheit verstärkt durch Zuziehung des Assignatars als correus stipulandi.

5. Einsetzung der Sklaven.[368]) Der Erfolg derselben bestimmte sich allerdings nach der Kapazität des Herrn, allein letzterer sorgte dafür, daß er ihn zeitig in die Hände eines Fähigen brachte.

Wir haben alle Ursache anzunehmen, daß die Art, wie man den Zinsbeschränkungen zu entgehen suchte, ein würdiges Seitenstück zu den obigen Verhältnissen darbot.[369]) Ich habe mir die

war bis auf Justinian (§ 13 de inut. stip. 3. 19) ungültig, die Fassung: cum morieris gültig. Worauf beruhte dies? Gajus sagt: inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. Aber über diese Ineleganz wäre man wohl hinweggekommen, nicht aber über die praktische Erwägung, daß die erste Form das Mittel dargeboten hätte, eine Erbschaftsschuld nach dem Tode des Testators, d. i. nach dem Moment, welcher für die Bestimmung der Höhe des Nachlasses der entscheidende ist, zur Entstehung zu bringen. Dadurch wäre der Erbe bei der Berechnung der Quarta Falcidia den Legataren gegenüber verkürzt worden, während dies bei der zweiten Formel, welche die Schuld juristisch noch bei Lebzeiten des Testators ins Leben rief, nicht der Fall war. Jene Formel war also einer von den Schleichwegen zum Zweck der Umgehung der lex Falcidia, sie bedeutete: mein Erbe soll diese Schuld unter den Passiven der Erbschaft nicht in Anrechnung bringen.

366) L. 18 § 2 de m. c. don. (39. 6). L. 26 pr. Depos. (16. 3).

367) Die L. 108 de solut. (46. 3) erklärt ein solches mandatum post mortem für ungültig. Der hier angegebene Grund: quia mandatum morte dissolvitur ist ein rein formalistischer, und in Fällen, wo die Ausführung des Mandats kein Bedenken gegen sich hatte, haben sich die römischen Juristen selber darüber hinweggesetzt, s. z. B. L. 12 § 17, L. 13 Mand. (17. 1). Der wahre Grund lag darin, daß ein solches Mandat ein verkapptes Legat enthielt, oder wenigstens enthalten konnte. — Der Zweck, nicht die Form des Mandats war es, was die Juristen bestimmte, es in dieser Anwendung für ungültig zu erklären. Verschiedene andere Fälle im Titel de m. c. donat. (39. 6).

368) L. 82 de acq. her. (29. 2).

369) S. die Äußerung von Tacitus in Note 339 und die von Livius 35, 7 berichtete, sofort im Text mitzuteilende Probe.

Frage aufgeworfen, ob die Art, wie man hier und in den übrigen Fällen verfuhr, sich nicht auf eine gewisse Methode zurückführen lasse, ob nicht gewisse Kunstgriffe und Manipulationen sich überall wiederholten, und in der Tat lassen sich wenigstens zwei namhaft machen. Der eine bestand darin, daß man bei eigener Unfähigkeit die Handlung durch eine fähige Person vornehmen ließ.[370]) Die alten Wuchergesetze galten nur für römische Bürger, nicht für Bundesgenossen; um ihnen zu entgehen, schob der Gläubiger zwischen sich und den Schuldner einen Bundesgenossen als Scheinanleiher und Scheindarleiher ein. (Note 369.) Einem jungen Manne unter 20 Jahren war durch die lex Aelia Sentia die Freilassung seiner Sklaven nur aus besonderen Gründen verstattet; wo sie fehlten, manzipierte er den Sklaven einem andern, der das nötige Alter hatte und den Akt vornahm.[371]) Wer wegen der lex Voconia seine Tochter nicht zum Erben einsetzen konnte, setzte einen zuverlässigen Freund ein und trug ihm die Herausgabe der Erbschaft in Form des Universalfideikommisses auf. Freilassung einer unfreien Person durch einen römischen Bürger verschaffte ihr das Bürgerrecht; um letzteres zu gewinnen, ließ man sich einem römischen Bürger als Sklaven verkaufen und sodann durch ihn freilassen,[372])

---

370) „Persona subjecta", L. 2 § 1 de adm. rer. (50. 8) Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet; auch „interposita", L. 44 [45] Cod. de episc. (1. 3), L. 10 Cod. de distr. pig. (8. 27): per suppositam imaginarii emptoris personam. Viele andere Beweisstellen in meiner Abh. in meinen Jahrbüchern II. S. 72, 73. Ein bekanntes Beispiel einer solchen persona subjecta, nur in Anwendung auf einen andern Zweck, liefert die fiduziarische Eigentumsübertragung „cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent" Gaj. II. 60, beispielsweise zu dem Zweck, um eine zu befürchtende Konfiskation zu vereiteln.

371) L. 7 § 1 Qui et a quibus (40. 9), L. 4 de serv. exp. (18. 7). Ebenso, um den Bestimmungen der lex Furia Caninia und lex Aelia Sentia über letztwillige Freilassung zu entgehen, L. 27 § 1 Mand. (17. 1) . . ut post mortem meam manumitteres.

372) Petron. Sat. 57: ipse me dedi in servitutem et malui civis Romanus esse, quam tributarius.

ein Schleichweg, oder richtiger, vorübergehend eine wahre Heerstraße, auf der Tausende von Latinern in das römische Bürgerrecht drangen. (Note 343.)

Den zweiten der obigen Kunstgriffe, mit dem ersten teilweise, doch nicht durchweg zusammenfallend, bildet das *simulierte* Geschäft, bei dem die handelnden Parteien darüber einig sind, daß der Akt, den sie äußerlich vornehmen, für sie keine ernstliche Bedeutung haben soll. Um dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu entgehen, führten die Ehegatten eine Scheidung auf,[373]) der, wenn die Schenkung vollzogen, nach einiger Zeit wiederum die Versöhnung folgte, oder sie kleideten die Schenkung in die Form eines Kaufkontraktes. Manche dieser simulierten Geschäfte erlangten gewohnheitsrechtliche Gültigkeit und gingen damit in die Kategorie derjenigen Rechtsformen über, die wir im folgenden Paragraphen betrachten wollen: der *Scheingeschäfte*.

Die Mittel, deren sich die Gesetzgebung diesen Schleichwegen gegenüber bediente, waren nach den Umständen verschieden. Sie bestanden:

1. in dem Verbot der Umgehung, sei es in allgemeiner Fassung, wie es manche Gesetze der spätern Zeit ausdrücklich aussprachen,[374]) sei es mittelst spezieller Abschneidung bestimmter einzelner bereits in Übung gekommener oder leicht vorauszusehender Auswege, — eine Maßregel, zu der die Gesetzgebung sich nicht selten selbst bei solchen Gesetzen, welche mit jener Klausel versehen waren, hinterher noch genötigt fand.[375])

373) L. 64 de don. i. V. (24. 1).

374) z. B. die lex Furia Caninia Gaj. I. 46.

375) z. B. bei dem obengenannten Gesetz, Gaj. ibid..: sunt etiam specialia SCta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. Einer der drolligsten Einfälle, um dem genannten Gesetz zu entgehen, welches bei einer Überschreitung der gesetzlichen Zahl der im Testament erlaubten Freilassungen die *zuerst* geschriebenen für gültig, die folgenden für ungültig erklärte, bestand darin, daß man die Freilassungen im Kreise schrieb („in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci" Gaj. Epit. I. 2 § 2).

2. in der Abnahme eines auf die ernstliche Absicht gerichteten Eides seitens der Obrigkeit.[376])

3. in der Androhung einer Strafe, deren Erfolg vielfach dadurch gesichert ward, daß sie dem Angeber ganz oder zum Teil als Prämie zugesichert ward.[377])

Daß übrigens die höchsten politischen und geistlichen Gewalten nicht selten selber sich auf ganz ähnlichen Schleichwegen betreten ließen, ist von mir bereits bei einer früheren Gelegenheit (I 351) nachgewiesen worden, worauf hier einfach Bezug genommen werden möge. Die dort genannten Beispiele, welche noch den Zeiten der Republik angehörten, waren mehr harmloser Art, Notlügen ohne schlechten Zweck; der Despotismus der Kaiser aber fügte Fälle hinzu, in denen sich die äußere Beobachtung des Gesetzes bei frevelhafter Verletzung seines Inhalts zu einem teuflischen Hohn gegen das Recht gestaltete.[377a])

---

376) So bei der Ehe (Note 344), bei der Freilassung des Sklaven im Fall der Note 371, und der Arrogation (Note 344). S. auch Nov. 89 c. 12 § 1 aut pejerant § 3 quibusdam ad impietatem aut perjurium praeparatis. In manchen griechischen Rechten ward dieser Eid auch bei Verkäufen von Liegenschaften angewandt, Franz Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts. Wien 1870 S. 83.

377) So bei dem fideicommissum tacitum, dem Fideikommiß an Peregrinen, der lex Marcia de usuris reddendis (S. 118.), der Kollusion im Fall der L. 1 de coll. deteg. (40. 16).

377a) So z. B. Sueton. Tiber. c. 61 . . immaturae puellae, quia more tradito nefas esset virgines strangulari, vitiatae prius a carnifice, deinde strangulatae, was namentlich bei den Christenverfolgungen oft zur Anwendung gebracht ward. Ein Seitenstück berichtet Casaubonus zu dieser Stelle: Similis religio triumviros incessit, cum proscriptionis tempore praetextatum quendam, ut posset occidi, jusserunt induere togam virilem, ut narrant Appianus et Dio. In ähnlicher Weise erhob man im 15. Jahrhundert in Florenz Bürgerliche, welche gewisse schwere Verbrechen begangen hatten, in den Stand der Magnaten, um die in den „Ordnungen der Gerechtigkeit" den Magnaten angedrohten schweren Strafen auf sie anwenden zu können. Karl Hegel in der Note 307 angeführten Schrift S. 23.

3. Die künſtlichen Mittel.

Die Konſtruktionshandlungen. — Die Scheingeſchäfte. — Die coemptio fiduciae causa. — Theorie der Scheingeſchäfte. — Dogmatiſche Selbſtändigkeit derſelben. — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia. — Die Fiktionen.

LVIII. Wir kehren jetzt zur römiſchen Jurisprudenz zurück, um den zweiten Teil der oben (S. 246) bezeichneten Aufgabe zu löſen, nämlich die künſtlichen Mittel, die ſie im Intereſſe der juriſtiſchen Ökonomie in Anwendung gebracht hat, einer Prüfung zu unterwerfen.

Dieſelben laſſen ſich auf drei Klaſſen zurückführen, von denen ich die beiden letzten mit bekannten, die erſte aber nur mit einem ſelbſt erfundenen Namen bezeichnen kann: die Konſtruktionshandlungen, die Scheingeſchäfte und die Fiktionen.

Mit dem erſtgenannten Mittel hatte es folgende Bewandtnis. Im Fortgang der Rechtsentwicklung kommt es nicht ſelten vor, daß die Geſetzgebung ſich genötigt ſieht, gewiſſe rechtliche Wirkungen, deren Hervorbringung bisher rein Sache des freien Beliebens der Parteien war, dieſem Belieben zu entziehen und an das bloße Daſein irgend eines Umſtandes oder Verhältniſſes zu knüpfen. Gewiß würde kein heutiger Geſetzgeber Anſtand nehmen, die Neuerung, die er damit materiell einführt, auch formell als ſolche zum Ausdruck zu bringen, d. h. einfach den Satz auszuſprechen: das, was bisher nur auf dem Wege des freien Handelns der Parteien zu erzielen war, tritt jetzt von ſelbſt, ipso jure ein, es bedarf mithin der Handlung nicht mehr. Ganz anders die Römer. Sie ſuchen die Neuerung formell dem beſtehenden Recht anzuſchließen, indem ſie die bisherige Regel, daß jene Wirkung nur in dem Handeln der Perſon ihren Grund habe, beibehalten, dagegen aber die Perſon zwingen, dieſe Handlung vorzunehmen. In Wirklichkeit iſt hier das bisherige Abhängigkeitsverhältnis der betreffenden Rechtswirkung vom Willen des Subjekts aufgehoben, aber der Form nach iſt es gerettet — die Wirkung tritt nach wie vor nur ein, wenn das

Subjekt sie will, aber freilich, es ist dafür gesorgt, daß das Subjekt sie wollen muß. Solche Handlungen nun, die lediglich im Interesse der juristischen Konstruktion, um den bisherigen Rechtsmechanismus beizubehalten, erzwungen und vorgenommen werden, nenne ich Konstruktionshandlungen — es ist rein das Interesse der juristischen Konstruktion, dem sie ihre Beibehaltung verdanken, im Grunde sind sie bloße Scheinhandlungen. Das römische Recht kennt dieselben in großer Menge; einige Beispiele werden zur Veranschaulichung des Verhältnisses genügen.

Das SC. Pegasianum zwang den mit einem Universalfideikommiß belasteten Erben bei grundloser Weigerung zur Antretung und Restitution der Erbschaft — ein reiner Scheinakt, der nicht die geringsten Wirkungen für ihn hatte, weder vorteilhafte, noch nachteilige. Der legislative Zweck, der jenem Senatsbeschluß vorschwebte, war Unabhängigkeit des Universalfideikommisses vom Belieben des bloß als Rechtsträger (S. 222) vorgeschobenen Erben. Für diesen Zweck waren verschiedene Formen denkbar, die einfachste und natürlichste wäre die gewesen, daß man die fideikommissarische Substitution im Fall grundloser Weigerung des Erben in Ergänzung des mutmaßlichen Willens des Erblassers in eine direkte verwandelt, d. h. den Fideikommissar als eventuell eingesetzten Erben behandelt hätte. Die spätere römische Jurisprudenz würde vor dieser Behandlungsweise schwerlich zurückgeschreckt sein, wenigstens hat sie keinen Anstand genommen, die beiden Formen der Substitution in doppelter Weise miteinander zu vertauschen, eine ungültige direkte Substitution als gültige fideikommissarische aufrecht zu erhalten und umgekehrt.[378]) Allein zu der Zeit, in welche jenes Senatskonsult fiel, war die Jurisprudenz noch nicht bis zu dieser Freiheit der Auffassungsweise vorgeschritten. Als eine zweite der juristischen Technik der damaligen Zeit weniger widerstrebende Form hätte sich die gesetzliche Aufstellung der Fiktion dargeboten,

378) Die fideikommissarische gegen die direkte: L. 13 § 4, L. 14 de test. mil. (29. 1), die direkte gegen die fideikommissarische: L. 78 ad. SC. Treb. (36. 1), L. 15 de subst. (28. 6), L. 41 pr. de test. mil. (29. 1).

daß die grundlose Weigerung des Erben als Antretung und Restitution der Erbschaft angesehen werden solle. Wenn das Gesetz diese Form verschmähte und statt deren die oben angegebene wählte, so lag der Grund davon darin, daß dieser Weg sich in der Tat am engsten an das bisherige Recht anschloß, indem er an dem alten Satz, daß es der Antretung der Erbschaft bedürfe, um Erbe zu werden, nichts änderte.[379] Daß der Erbe hier ein reiner Figurant war, ich möchte sagen: lediglich als Konstruktionsapparat verwandt ward, um die Gültigkeit des Universalfideikommisses zu retten, wird keiner Ausführug bedürfen.[379a]

Die cautio rem pupilli salvam fore verpflichtete den Tutor und seine Bürgen für alle Ansprüche aus seiner „Geschäftsführung"; enthielt er sich derselben, so hafteten weder er noch die Bürgen. Das war eine fühlbare Lücke. Heutzutage würden wir dieselbe einfach dadurch ausfüllen, daß wir an Stelle der „Geschäftsführung" die „Tutel" setzten, also das bestehende Recht ändern würden. Anders die Römer. Sie erhalten den Satz selber dadurch aufrecht, daß sie den Tutor zwingen, eine Administrationshandlung vorzunehmen.[380]

Derselbe Weg ist von der römischen Jurisprudenz in unzähligen andern Fällen eingeschlagen. Der obrigkeitliche Zwang zur Vornahme einer Handlung diente den Römern als eins der wirksamsten

379) Im übrigen war dieser Weg freilich kein ganz glücklicher. Denn wie, wenn der Fiduziar vorher verstarb? wenn er im Ausland war? wenn er sich absichtlich nicht betreffen ließ? Die römische Jurisprudenz wußte sich hier nicht Rats, wenigstens dauerten die Zweifel bis auf Justinian (L. 7 § 1 Cod. ad. SC. Trebell. 6. 49) fort, und Ulpian sah, wie letzterer berichtet, in dieser Verlegenheit keinen andern Ausweg, als den einer gesetzlichen Bestimmung, die denn Justinian in der Tat in der angegebenen Stelle dahin traf, daß in diesen Fällen „ipso jure actiones utiles transferantur".

379a) Darum war es ganz konsequent von Justinian, wenn er in der zitierten L. 7 pr. auch den Kurator eines Wahnsinnigen zur Antretung der Erbschaft verpflichtete, während derselbe sonst nur eine Bon. Poss. nachsuchen kann.

380) L. 4 § 3 Rem pup. (46. 6) .. compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.

Mittel der juristischen Konstruktion. Die Wendung compellendus est a Praetore, a judice, die so oft in den Quellen wiederkehrt, ist überall der Ausdruck für ein der Freiheit des Subjekts entzogenes Verhältnis, bei dem nur im Anschluß an das frühere Recht die bloße Form der Freiheit, das Handeln der Person äußerlich beibehalten wird. Seitdem man angefangen hatte, den Geschlechtsvormund in gewissen Fällen zur Erteilung seiner Auktoritas zu zwingen, hatte man dies Erfordernis in Wirklichkeit umgangen, und es war daher ganz zutreffend, wenn Gajus eine derartige Auktoritas für einen reinen Scheinakt erklärte.[381]) Man hätte ebensogut den Satz aussprechen können: für die und die Geschäfte sind die Frauenzimmer fortan von der Tutel befreit; daß man es nicht tat, charakterisiert eben die eigentümliche Weise der römischen Technik im Gegensatz zu unserer heutigen.

Es wäre eine dankenswerte Aufgabe, an der Hand dieses Gedankens alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatrechts einer Durchsicht zu unterziehen, an reicher Ausbeute würde es nicht fehlen.[382]) Für meine Zwecke genügt es, wenn ich den Gedanken selber und dessen Bedeutung für unsern gegenwärtigen Gesichtspunkt in das richtige Licht gesetzt habe. Daß das Mittel ein künstliches war, daß mit dem gegen die Personen gerichteten Zwange

381) Gaj. I. 190 . . in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

382) So z. B. im öffentlichen Recht: die lex Maenia über die Erteilung der auctoritas patrum — ein würdiges Seitenstück zu der obigen auctoritas des Tutor — der Zwang zur Abdikation des Magistrats; im Prozeß: die Klage mit Vorbehalt der Kompensation (S. 80: cogitur, jubetur), der Verzicht auf die dem Kläger sonst noch zuständige, auf denselben Zweck gerichtete Klage (Vorläufer der exc. doli bei der Konkurrenz der Klagen), L. 9 pr. de novat. (46. 2), L. 10 § 1 de pact. (2. 14) Vorbehalt zukünftiger Ansprüche im Prozeß (S. 249), Teilung der Klage Gaj. III. 122, Zwang des Prokurators L. 8 § 3 seq. de proc. (3. 3); im Familienrecht: Aufhebung der manus bei der Ehescheidung. Gaj. I. 137a. Konsens zur Ehe der Kinder L. 19 de R. N. (23. 2), der Fall der L. 9 § 1 de J. D. (23. 3); im Obligationenrecht: Zessionszwang (Vorläufer der act. utilis, L. 1 § 13 de tut. et rat. 27. 3, L. 57 de leg. 1. 30) und unzählige andere Fälle.

auch den Rechtsbegriffen Zwang geschah, wird aus dem Bisherigen erhellen. In den meisten Fällen waren die erzwungenen Handlungen von den Scheingeschäften, denen wir uns jetzt zuwenden, wenig verschieden.

Den Scheingeschäften haben wir bei einer früheren Gelegenheit (III 528 fl.) unsere Aufmerksamkeit zugewandt, der dort angelegte Gesichtspunkt des Formalismus war jedoch keineswegs ausreichend, um die Bedeutung, die ihnen für die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts zukommt, zu erschöpfen. An gegenwärtiger Stelle betrachten wir sie vom Standpunkt der juristischen Technik aus als Mittel für die Zwecke der juristischen Ökonomie. Von den dort genannten zwei Arten der Scheingeschäfte, den originären und residuären, scheiden daher die letzteren, als jeglicher technischer Bedeutung bar, von unserer Betrachtung aus; sie sind nichts als abgestorbene Stücke des früheren Rechts, denen nur die historische Vis inertiä ein äußerliches Scheindasein gefristet hat. Der Ausdruck Scheingeschäft bezieht sich daher im folgenden lediglich auf die erstgenannte Art.

Das Scheingeschäft in diesem engeren Sinne hat eine große Ähnlichkeit mit gewissen Scheinhandlungen des gewöhnlichen Lebens, die ich früher mit dem Ausdruck simulierte Geschäfte bezeichnet habe.[383]) Bei beiden ist der vorgenannte Akt ein reiner Scheinakt, dem die innere Absicht nicht entspricht; aber die Scheingeschäfte sind Rechtsformen, wie alle andern, nur mit eigentümlich zugeschnittener Form, die simulierten Geschäfte hingegen sind einzelne Handlungen, jene gehören dem Rechte an, haben eine abstrakte, diese lediglich eine konkrete Existenz. Ein fernerer Unterschied ist der, daß jedes simulierte Geschäft eine Täuschung beabsichtigt. Die wahre Gestalt des Geschäfts soll

383) Bei der sachlichen Verschiedenheit beider sind auch verschiedene Namen nötig — ein Bedürfnis, das die Römer freilich nicht gefühlt haben, indem sie für beide dieselben Ausdrücke: imaginarius (bei Liv. 41, 8; imagines juris), simulatus, fictus, dicis causa u. a. benützen, s. das Material bei Dirksen Manuale latinitatis etc. unter den genannten Worten.

den Blicken dritter oder der Obrigkeit entzogen werden, zu dem Ende hängt man ihm ein falsches Gewand um, z. B. der Schenkung das des Kaufs. Der Zweck dieser Täuschung kann in der Verhüllung eines *rechtswidrigen* Handelns bestehen, er kann aber auch lediglich dahin gehen, ein durchaus erlaubtes Geschäft vor der unberufenen Neugierde unbeteiligter Dritter sicherzustellen. Auf eine solche Verschleierung ist es bei dem *Scheingeschäft* durchaus nicht abgesehen. Jeder weiß, was es bedeutet, auch die Obrigkeit, wo sie, wie z. B. bei der römischen in jure cessio, ihre Hand dazu bietet. Es verhält sich mit dem Gegensatz ebenso wie mit den rezipierten Höflichkeitsphrasen, z. B. dem „gehorsamen Diener", die niemanden über ihren Sinn zu täuschen vermögen, und falschen, heuchlerischen Zusicherungen, Beteuerungen; letztere sind auf Täuschung berechnet.

Die Funktion des Scheingeschäfts ist eine rein technische, Erreichung eines vom Recht selber gebilligten Zweckes durch eine etwas gewaltsame Anwendung der vorhandenen Mittel, — die Scheingeschäfte waren *juristische Notlügen*. Allerdings mögen manche derselben aus ursprünglich simulierten Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, wie ja auch das Gewohnheitsrecht sich auf Grundlage einzelner Handlungen bildet und unsere kurrenten, heutzutage gänzlich abgegriffenen und bedeutungslosen Höflichkeitsphrasen ursprünglich als Ausdrucksmittel einer wirklichen oder angeblichen Gesinnung dienen sollen. Als zuerst eine Frau auf die Idee kam, eine Scheinehe einzugehen, um einen der Zwecke zu erzielen, zu denen die coemptio fiduciae causa diente (s. u.), war dies ein *simuliertes* Geschäft;[383a]) als die Einschlagung

---

383a) Wenn *Karlowa*, Die Formen der römischen Ehe und Manus, Bonn 1868 S. 89 diese Bezeichnung nicht zutreffend findet, in dem obigen Fall vielmehr das von mir (III 528) konstatierte Verhältnis eines ethischen Mißbrauchs eines Rechtsinstituts erblicken will, so kann ich meinerseits mich unmöglich zu der Annahme verstehen, daß eine römische Frau in einem solchen Fall geneigt gewesen sein dürfte, ihrem Gatten in partibus infidelium die Rechte eines wirklichen Ehemannes zuzugestehen, bin vielmehr der Überzeu-

dieses Weges allgemein geworden und gewohnheitsrechtliche Sanktion erhalten hatte, war es ein Scheingeschäft. Aber durch diese historische Berührung beider, die sich übrigens auch nicht bei allen wiederholt, wird ihr begrifflicher Unterschied ebensowenig alteriert, als der zwischen einer bloßen Gewohnheit und einem Gewohnheitsrecht dadurch, daß manche Gewohnheit im Laufe der Zeit zu einem Gewohnheitsrechte führt. Praktisch äußerte sich diese Verschiedenheit darin, daß ein simuliertes Geschäft, wenn es von einer der Parteien angefochten ward, vom Richter für nichtig erklärt werden mußte, während das Scheingeschäft vermöge der gewohnheitsrechtlichen Sanktion, die es erhalten hatte, unanfechtbar blieb.

Der Verlauf unseres Werkes hat uns bereits mannigfache Beispiele der Scheingeschäfte und damit einen Teil des Materials geliefert, dessen wir für die folgende Untersuchung benötigen. Dahin gehören die mancipatio (III 538 fl.), selbst in Anwendung auf ihren ursprünglichen Anwendungskreis, die res mancipi, ein Scheingeschäft, in Anwendung auf das Testament aber ein Scheingeschäft in zweiter Potenz (daselbst 533); die Hingabe des Hauskindes ins Manzipium zur Vorbereitung der Emanzipation und Adoption (II 86); die in jure cessio (II 184 fl.) und die sponsio praejudicialis (III 525). Außerdem verdienen noch genannt zu werden das nexum und die nexi liberatio, d. i. die Begründung und Aufhebung einer Geldschuld durch eine solenne, vor fünf Zeugen und dem Libripens vorgenommene Scheinzahlung,[384] die coemptio fiduciae causa und zwei problematische Fälle der Scheinadoption. Die Betrachtung der letzteren setze ich aus, bis uns die folgende Untersuchung einen sicheren Maßstab für die Beurteilung ihrer Scheingeschäftsnatur verschafft hat, dagegen

---

gung, daß beide Teile im voraus darüber einverstanden waren, daß hier nur eine bloße Komödie gespielt werden sollte.

384) Gelegentlich bereits berührt, III 543, 627, bei der Geschichte des römischen Obligationsbegriffs werde ich auf sie zurückkommen.

schalte ich, um diesen Zweck zu fördern, die coemptio fiduciae causa bereits an dieser Stelle ein.

Dieselbe ist sicherlich eins der jüngsten Scheingeschäfte, denn die Zwecke, derentwegen die Fraüenwelt Roms sich ihrer bediente, Befreiung von den sacris, Wechsel des Geschlechtsvormundes und Erlangung der Testierbefugnis weisen unverkennbar einerseits auf die Zeiten des Verfalls der religiösen Einrichtungen und anderseits auf die Periode der sozialen Emanzipation des weiblichen Geschlechts hin. Das Geschäft bestand aus drei Akten: 1. der coemptio fiduciae causa, wonach das ganze Geschäft seinen Namen hatte, d. h. Eingehung einer Manus-Ehe in der gewöhnlichen Form der coemptio, mit der Nebenberedung der Remanzipation, — 2. der remancipatio fiduciae causa, d. h. dem Verkauf der Frau ins Manzipium mit der Nebenberedung der Freilassung — und 3. dieser Freilassung selber.

Mit obigen drei Zwecken, und zwar zunächst mit dem ersten, der Befreiung von den sacris, hat es folgende Bewandtnis.[385]) Die Ehefrau übertrug, indem sie in die Manus des Mannes trat, auf ihn ihre sacra, die bei letzterem auch dann verblieben, wenn die Frau infolge einer capitis deminutio aus diesem Verhältnis schied, mit seinem Tode aber, wir wissen nicht, ob erloschen oder auf die Erben übergingen. Jedenfalls war ersteres dann der Fall, wenn der Nachlaß keinen Erben fand. Damit war in der Zeit der Frivolität, als man die sacra nur noch unter dem Gesichtspunkt einer Last betrachtete, den Frauenzimmern der Weg gewiesen, wie sie sich mit verhältnismäßig geringen Unkosten von dieser Last zeitlebens befreien konnten. Sie verschafften sich als Koemptionator einen dekrepiden Greis, der schon mit einem Fuß im Grabe stand, und dem sie außer der vereinbarten Vergütung für diesen Dienst noch die nötigen Mittel zur Bestreitung der sacra bis zu einem Lebensende vorstreckten, wenn er nicht etwa wegen notori-

385) Cic. pro Murena 12. Savigny über die jurist. Behandlung der sacra privata in Verm. Schriften I. S. 180 fl. (erster Abdruck: Zeitschr. f. gesch. R. W. II. S. 387 fl.).

scher Armut oder Gebrechlichkeit die Erfüllung der Verpflichtung einfach von sich abzulehnen imstande war. Am billigsten kam die Frau dazu, wenn sie sich auf dem Sklavenmarkt im eigentlichen Sinne des Wortes einen solchen sakralen Lastträger kaufte; sie ließ ihn frei und führte mit ihm als ihrem Freigelassenen, dem sie keine guten Worte und kein Geld zu geben brauchte,[386]) die obige Farce auf. Ein Todeskandidat, wie sie ihn nötig hatte, war für wenig Geld zu haben, die Verwendung für diese Rolle eines „senex coemptionalis" war die einzige, für die er noch zu gebrauchen war. Niemand machte der Frau Konkurrenz.[387])

Die Geschlechtsvormundschaft der Agnaten hatte bekanntlich den ausgesprochenen Zweck, dieselben zu Wächtern über das Ver-

386) Das zivile Seitenstück zu diesem sakralen Lastträger ist der von seinem Herrn in der Absicht, um nach seinem Tode auf ihn den Schimpf des Konkurses abzuladen, zum Erben eingesetzte eigene oder zu dem Zweck ebenfalls erst gekaufte Sklave. Gaj. II. 154.

387) In dieser Weise vereinigen sich meiner Ansicht nach die „senes ad coemptiones faciendas reperti" bei Cic. pro Murena 12 mit den als Sklaven gedachten „senes coemptionales" bei Cic. ad fam. VII. 29 und Plaut. Bach. IV. 9, 52 — eine Vereinigung, deren Möglichkeit Savigny a. a. O. S. 181 schwerlich vorgeschwebt haben wird, als er den Gedanken, beide Arten von senes auf denselben Zweck zu beziehen, so entschieden verwarf. Die „senes coemptionales" sollen „alte unbrauchbare" Sklaven gewesen sein, die man „in größerer Anzahl" gekauft oder sie bei dem Kauf eines jungen mit in den Kauf gegeben habe. Es wird nicht nötig sein, das Unhaltbare dieser mit einer völlig unerfindlichen Bedeutung von „coemptionalis" (co — emere = zusammen kaufen) operierenden Erklärung nachzuweisen, es genüge die einfache Frage: wozu hätte jemand solche Invaliden in größerer Anzahl kaufen sollen? Etwa um ein Spital anzulegen und sie bis an ihr seliges Ende zu füttern und dann begraben zu lassen? Die einzige Brauchbarkeit und damit der einzige Handelswert, den solche dekrepide Individuen denkbarerweise haben konnten, war der als senes coemptionales in dem von mir im Text entwickelten Sinn. Die diesen senes von manchen beigelegte symbolische Bedeutung (um die mangelnde Ernstlichkeit der Ehe anzudeuten) verträgt sich als akzessorischer Zweck sehr wohl damit, aber er kann nicht der prinzipale gewesen sein, letzterer kann nur in dem von mir hervorgehobenen praktischen Gesichtspunkt des geringen Kaufwerts des senex coemptionalis gefunden werden.

mögen der Frau zu bestellen und dadurch ihnen das Mittel zu gewähren, ihre eventuellen Erbansprüche selber zu sichern. Eine solche Einrichtung, die der Frau tatsächlich die Stellung einer bloßen Nießbraucherin anwies, hatte für die Auffassung der alten Zeit nichts Widerstrebendes, mit den freien Ideen der spätern Zeit vertrug sie sich nicht. Die Form, in der letztere ihre Opposition dagegen praktisch betätigte und die endliche Aufhebung des Instituts unter Claudius vorbereitete, war die von Cicero[388]) als eine Erfindung der Juristen bezeichnete Coemptio zum Zweck des Wechsels der Tutel.[389]) Die Anlage derselben beruhte darauf, daß durch die mit der coemptio verbundene capitis deminutio die legitima tutela der Agnaten unterging, und daß der, welcher eine eines Tutors bedürftige Person aus dem Manzipium freiließ, als Quasipatron ihr Vormund ward. Die stillschweigende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit war die nötigenfalls durch Zwang zu realisierende Verpflichtung der Agnaten zur Erteilung der Auktoritas bei einer Manusehe ihrer Pflegebefohlenen.[390]) Ohne diese Voraussetzung würde das Mittel, um an Stelle des unbequemen Agnaten einen gefügigen andern Vormund zu gewähren, nur dann zum Ziel geführt haben, wenn jener selber damit einverstanden gewesen wäre, für diesen Fall aber gab es eine ein-

---

388) Cic. pro Mur. 12 . . hi invenerunt genera tutorum, qui potestate mulierum continerentur.

389) Rudorff, Das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 231—234.

390) Ob schon nach älterem Recht, darüber s. II. 189. Die coemptio testamenti faciendi gratia macht ganz dieselbe Voraussetzung nötig. Welcher Agnat würde freiwillig seine Zustimmung zu einem Akt erteilt haben, dessen ausgesprochener Zweck es war, ihn seines Intestaterbrechts zu berauben? Zu den Fällen, wo nach Gaj. I. 190 der Geschlechtstutor saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur, wird auch die coemptio fiduciae causa gehört haben. — Eine abweichende Ansicht ist jetzt von Karlowa a. a. O. S. 102 fl. aufgestellt, allein gerade der „plötzliche schneidende Eingriff der lex Claudia", den seine Auffassung genötigt ist anzunehmen, hat mich zu der meinigen geführt, welche diese Maßregel allmählich im Leben sich vorbereiten läßt, s. Note 392, 393.

fachere Form, die in jure cessio der tutela legitima.[391]) Der Hergang war ganz der oben beſchriebene, die einzige Abweichung beſtand darin, daß der Nachdruck des Geſchäfts hier nicht auf der Perſon des Koemptionators, ſondern auf der des Dritten ruhte, welcher die Frau freilaſſen und dadurch ihr Vormund werden ſollte. Daß die Frau ſich zu dieſer Rolle eine ſolche Perſönlichkeit ausſuchte, deren ſie ſich in allen Dingen verſichert halten konnte, bedarf ebenſowenig der Bemerkung, als daß ſchon die bloße Androhung jenes Aktes ausreichen konnte, um einen ſtarrſinnigen Agnaten geſchmeidiger zu machen oder ihn zur Zeſſion der Tutel an die von der Frau gewünſchte Perſon zu beſtimmen.

Der Nachlaß einer Frau, die in ihrer urſprünglichen oder der angeheirateten Familie verblieben war, fiel ihren Verwandten zu und konnte ihnen durch Teſtament nicht entzogen werden, ſelbſt dann nicht, als mit dem Aufkommen des testamentum per aes et libram das formelle Hindernis, das dem Teſtament der Frau bis dahin entgegengeſtanden hatte, beſeitigt worden war. Dieſelbe Rückſicht aber, welche dieſer Beſchränkung und zugleich der Geſchlechtsvormundſchaft der Agnaten zugrunde lag, die Erhaltung des Vermögens im Mannsſtamm, brachte es mit ſich, einer Frau, die durch capitis deminutio aus dem Verbande ihrer Familie geſchieden und sui juris geworden war, umgekehrt das Recht der Teſtamentserrichtung einzuräumen, um ihr dadurch das Mittel zu gewähren, ihren Nachlaß an ihre urſprünglichen Verwandten zurückzuführen. An dieſen Satz, daß eine derartige capitis deminutio der Frau das Recht der Teſtamentserrichtung verſchaffe, knüpfte man an, als man auch jene dem weiblichen Geſchlecht gezogene Schranke beſeitigen wollte. Es kam darauf an, die Frau in ein Scheinmanzipium zu bringen, um damit die Freilaſſung derſelben zu ermöglichen. Da aber eine gewaltfreie Perſon weder ſich ſelber ins Manzipium geben, noch auch durch ihre Tutoren hineingebracht werden konnte, ſo bedurfte es zu dem Ende des

391) Ulp. XI. 6—8.

Durchganges durch eins der Gewaltverhältnisse, mit denen das Recht des Verkaufs ins Manzipium verbunden war, die manus oder die väterliche Gewalt, und da wiederum eine Arrogation von Frauenzimmern, ganz abgesehen von der Form ihrer Vornahme, aus sachlichen Gründen ausgeschlossen war, indem die Frau den Familiennamen nicht fortpflanzen konnte, so blieb lediglich die manus, d. i. die Scheinehe übrig. Mittelst dieser Benutzung eines den Interessen der Verwandten ursprünglich eher günstigen als nachteiligen Satzes zu dem gerade entgegengesetzten Zweck war der Erbrechtszwang derselben nach dem, was oben über die Notwendigkeit der Erteilung der tutoris auctoritas gesagt ist, praktisch so gut wie beseitigt. Es begreift sich, daß die Agnatentutel, nachdem sie ihren ganzen Wert als Sicherungsmittel des agnatischen Erbrechts eingebüßt hatte, schließlich durch Claudius gänzlich aufgehoben ward;[392]) ein Senatuskonsult unter Hadrian tat dasselbe rücksichtlich der coemptio testamenti faciendi gratia.[393])

Über den historischen Ursprung der Scheingeschäfte ist neuerdings eine Ansicht[394]) aufgestellt, die ich nicht für richtig halte. Das Scheingeschäft soll gleich der Fiktion zuerst auf dem Gebiete des religiösen Kultus und geistlichen Rechts aufgetaucht und von dort auf das des profanen Rechts übertragen sein. Die dafür beigebrachten positiven Zeugnisse beweisen lediglich, was wir bereits wußten und was von niemand mehr als von mir betont worden ist (I 351, III 399), nämlich, daß, so wie die ganze Methode der Behandlung, so auch die Scheingeschäfte und Fiktionen sich auf beiden Gebieten wiederholten, in keiner Weise aber, daß dieselben auf einem der beiden Gebiete früher zum Vorschein

392) Gaj. I. 171.

393) Gaj. I. 115ª.

394) Demelius, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Weimar 1858. § 1—4. Der Verf. stellt zwar seine Ansicht nur für die Fiktionen auf, die Beispiele aber, mit denen er sie belegt, sind größtenteils Scheingeschäfte.

gekommen ſeien, als auf dem andern. Allgemeine Gründe unterſtützen das angenommene Prioritätsverhältnis ſo wenig, daß ſie eher für das Gegenteil ſprechen dürften. Beide, die Scheingeſchäfte wie die Fiktionen, ſind die einer gewiſſen Kulturepoche eigentümlichen Formen des Fortſchritts. Niemand aber wird doch wohl darüber in Zweifel ſein, daß das profane Recht dem Fortſchritt[395]) ungleich zugänglicher war, als das geiſtliche, daß alſo, wenn eins von beiden zuerſt die Formen ausgebildet haben ſoll, in denen derſelbe ſtattfand, dies nur das profane Recht geweſen ſein kann. Es gilt von dieſer Anſicht ganz dasſelbe, was ich früher (III 660) von einer ganz verwandten geſagt habe, die den Urſprung der Legisaktionen in dieſelbe Region verſetzt; beide begehen den Fehler, daß ſie für eine Erſcheinung von allgemein kulturhiſtoriſcher Notwendigkeit noch eine äußere, nur für Rom zutreffende Erklärung für nötig halten. Die Scheingeſchäfte und Fiktionen ſind ebenſowenig wie die ſtarren Formeln des Prozeſſes etwas dem römiſchen Rechte Eigentümliches, ſie wiederholen ſich auf einer gewiſſen Kulturſtufe überall, wofür insbeſondere die Geſchichte des engliſchen Rechts die lehrreichſten Beiſpiele liefert; mit Zurücklegung derſelben ſterben ſie mehr und mehr ab, bis ſie ſich endlich völlig verlieren.

Dieſe Wahrnehmung muß die Überzeugung in uns hervorrufen, daß nicht die Frage nach dem Urſprung, der äußeren hiſtoriſchen Entſtehung, ſondern die nach dem Grunde der Scheingeſchäfte die eigentlich entſcheidende iſt. Mögen immerhin manche derſelben der Abſicht der Umgehung unbequemer Geſetze ihren Urſprung verdankt haben, alſo aus urſprünglich ſimulierten

395) Dirkſen, Verſuche zur Kritik und Auslegung S. 7: „Nicht genug, daß ſich die Formeln des geiſtlichen Rechts vor allen anderen Formularen am längſten in ihrer altertümlichen Geſtalt und Bedeutung erhalten und am wenigſten eine ſpätere Beimiſchung von fremdartigem Stoff zu erdulden gehabt hatten; dieſelben ſcheinen auch in ihrer erſten Begründung ſowie bei fortſchreitender Entwicklung nicht eben dem Einfluß äußerer Umſtände ausgeſetzt geweſen zu ſein.“

Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, die sich erst auf dem langsamen Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung zum Range rechtlich anerkannter Geschäftsformen erhoben, andere sofort als solche von der Jurisprudenz ins Leben gerufen worden sein, darauf kommt nichts an. In beiden Fällen wirft sich gleichmäßig die Frage auf, was die Jurisprudenz zur Billigung oder Aufstellung so seltsamer Formen veranlassen konnte. Von dem von uns gewonnenen Standpunkt aus kann die Antwort auf diese Frage nicht zweifelhaft sein. Die Scheingeschäfte waren nur eins der vielen Mittel, welche die römischen Juristen anwandten, um neu auftauchende Bedürfnisse des Lebens mit den verhandenen Mitteln zu befriedigen. Der Vorwurf, den Cicero, der sich auch diesen bequemen Stoff, die Jurisprudenz vor dem großen Haufen herabzusetzen, nicht entgehen ließ, den Juristen macht: sie hätten mittelst der Scheingeschäfte das ältere Recht fraudulöser Weise umgangen,[395a]) wird keiner ernstlichen Widerlegung bedürfen, zum Überfluß verweise ich auf das, was ich bereits früher (III Note 636) dagegen bemerkt habe.

Der einzige Punkt, der uns zu einem genaueren Eingehen Veranlassung darbietet, ist der praktische Mechanismus des Scheingeschäfts.

Ich habe früher die „künstlichen Mittel" der juristischen Ökonomie als solche bezeichnet, bei denen dem Rechtsbegriff Gewalt angetan, bei denen er in widernatürlicher Weise gespannt, verrenkt werde. Bei dem Scheingeschäft besteht diese Spannung darin, daß, um gewisse Wirkungen, auf die es abgesehen ist, zu erzielen, ein anderes Geschäft oder Verhältnis, in welchem dieselben als einzelne Momente des gesamten Inhalts, sei es als Zweck, oder als bloße Folge und gar als Strafe enthalten sind, in der Weise verwendet wird, daß lediglich diese einzelne Wirkung herausgegriffen wird, während man die

395a) Cic. pro Murena 12. Dieser Vorwurf reiht sich dem Urteil Ciceros über das Formelwesen, die Wortinterpretation (III. Note 610 und 612) und die Fiktionen (s. u.) würdig an.

übrigen als unbrauchbar fallen läßt. Es ist derselbe Kunstgriff, den wir bereits bei so manchen der im § 57 genannten Fälle kennen gelernt haben: um aus der Kette a—x bloß ein einziges Glied zu gewinnen, nimmt man die ganze Kette und wirft alles andere bis auf dies einzige Glied fort.

An die Ehe hatte die lex Julia und Papia Poppaea gewisse Vorteile geknüpft. Um dieser einen Wirkung teilhaftig zu werden, ging man eine Ehe ein, bei der beide Teile darüber einverstanden waren, daß alle übrigen Wirkungen ausgeschlossen sein sollten. In derselben Weise verfuhr man bei der coemptio fiduciae causa. Wie weit jene Möglichkeit der Auslösung einer einzelnen Wirkung gerade bei ihr reichte, beweist am besten der Umstand, daß die drei Zwecke, für welche sie verwandt ward, als drei verschiedene Anwendungsfälle oder Arten derselben bezeichnet werden, woraus hervorgeht, daß jeder derselben selbständig ohne die anderen erreicht werden konnte. Eine Frau mochte den Wunsch hegen, einen andern Geschlechtsvormund zu erhalten oder ein Testament zu errichten, aber sie war keineswegs gewillt, ihre sacra aufzugeben. Wären notwendigerweise sämtliche Wirkungen der coemptio eingetreten, so hätte sie das eine ohne das andere gar nicht gekonnt. Das Recht legte ihr kein Hindernis in den Weg, es erkannte dem Rechtsgeschäft lediglich die eine beabsichtigte Wirkung bei, und gerade auf dieser lediglich partikulären Wirksamkeit beruhte der Begriff des Scheingeschäfts.

Der Richter, der über einen bedingten Anspruch ein Urteil fällt, erkennt damit zugleich über die Existenz der Bedingung. Diesen letzteren Punkt greift die sponsio praejudicialis heraus, um in Form des bedingten Geldversprechens irgend eine Frage indirekt zur richterlichen Beurteilung zu bringen. Die Wirkung des Urteils beschränkt sich auf Feststellung dieser Frage, der direkte Inhalt desselben, die Verurteilung auf die versprochene Summe, hat keine praktische Folge, der Betrag kann nicht eingeklagt werden.

Dem ältesten Recht war die Entlassung der Kinder aus der

väterlichen Gewalt fremd. Nur wenn der Vater den Sohn dreimal, Tochter und Enkel einmal ins Manzipium gegeben hatte, sollten sie für immer frei von ihm werden — eine Bestimmung, die vom Gesetz, wenn nicht als *Strafe*, jedenfalls aber als eine den Kindern vorteilhafte, dem Vater nachteilige und von ihm nichts weniger als beabsichtigte Folge gemeint war. Diese *Folge* ergreift die Emanzipation als *Zweck*, indem sie, um die Befreiung des Kindes zu vermitteln, das Kind durch das Manzipium hindurchführt. Von den Wirkungen des Manzipiums sollte aber bloß die *eine*, die damit verknüpfte Möglichkeit der Freilassung eintreten; der Fiduziar, der das Kind zu Dienstleistungen hätte zwingen wollen, würde ebensowenig rechtlichen Schutz gefunden haben, als der Sieger bei der sponsio praejudicialis, wenn er die versprochene Summe hätte einklagen wollen. In einer anderen Richtung war freilich diese Isolierungsidee bei der Emanzipation weniger verwertet als in den beiden obigen Fällen, insbesondere bei der coemptio fiduciae causa. Während bei letzterer die Frau, um die eine der drei Wirkungen zu erzielen, nicht nötig hatte, die beiden anderen mit in den Kauf zu nehmen, traten bei der Emanzipation *sämtliche* Wirkungen ein, selbst wenn sie über die Absicht der Parteien weit hinausgingen, wie dies regelmäßig mit dem Verlust des zivilen Erbrechts der Fall gewesen sein wird. Eine Emanzipation lediglich für einen speziellen Zweck nach Art der coemptio fiduciae causa gab es nicht. Was mag Ursache gewesen sein, daß erstere hinter letzterer so weit zurückgeblieben ist? Ist es der Umstand, daß letztere aus einer Zeit stammt, wo man die Scheingeschäfte bereits mit größerer Freiheit behandelte? Mehr Wahrscheinlichkeit hat mir ein anderer Grund. Wer durch die Emanzipation dem Kinde bloß die selbständige Stellung eines homo sui juris einräumen wollte, ohne dasselbe seines Erbrechts zu berauben, hatte im Testament das Mittel in Händen, das durch die capitis deminutio verloren gegangene Intestaterbrecht in anderer Form wieder zu gewähren. In Ergänzung des mut-

maßlichen Willens des Vaters gab, wenn die Benutzung dieses Mittels versäumt war, später der Prätor dem emanzipierten Kinde eine **Bonorum Possessio**, die also der technischen Unbeholfenheit der Emanzipation nachhalf, indem sie letztere auf diejenige Wirkung beschränkte, die in den bei weitem meisten Fällen die allein beabsichtigte war, die Verleihung der Stellung eines **homo sui juris**.

Die Spannung bei der Emanzipation äußerte sich demnach nicht sowohl in ihren *Wirkungen*, als in der *Art*, wie dieselben *erzielt* wurden, in der Erfassung einer *Strafe* als *Zweck* und der Verwendung des *Manzipiums* lediglich zur Erzeugung einer *einzelnen* Wirkung. Dasselbe wiederholt sich bei einigen andern Scheingeschäften. Die **mancipatio**, das **nexum**, die **in jure cessio** erzeugten ganz dieselben Wirkungen, wie der ernstliche Kauf, das ernstliche Darlehn, das Urteil im Vindikationsprozeß. Das, worin jene Nachbildungen hinter dem Original zurückblieben, lag hier lediglich in der Art, wie die Wirkungen herbeigeführt wurden, darin nämlich, daß man den Mangel der wirklichen Voraussetzungen auf künstlichem Wege durch Scheinzahlung und Scheinprozeß ergänzte. Alle Scheingeschäfte, mögen sie nun an den *Wirkungen* oder *Voraussetzungen* kürzen, kommen mithin darin überein, daß bei ihnen etwas *fehlt*, was dem vorbildlichen Geschäft *wesentlich* ist, daß sie nicht sowohl eine *Anwendung*, als vielmehr eine bloße, mitunter höchst äußerliche *Anknüpfung* an dasselbe enthalten.

Diesen Gesichtspunkt darf man bei der Beurteilung der Scheingeschäfte nie aus den Augen lassen. In welchem Maße er ihren Urhebern selber vorgeschwebt hat, davon hat zwar die bisherige Entwicklung bereits manche Zeugnisse beigebracht,[396] allein ich darf nicht unterlassen, diesen Punkt in ein noch helleres Licht zu setzen.

Ich fasse meine Ansicht in den Satz zusammen: Das Scheingeschäft ist mit dem originären *historisch*, nicht *dogmatisch* verbunden. Es ist aus letzterem hervorgegangen, aber nicht wie

396) Siehe auch III. 536.

ein Zweig, der dauernd mit dem Stamm zusammenhängt, sondern wie der Schößling, der ein selbständiges Dasein gewonnen hat. Oder minder bildlich gesprochen: die Theorie des originären Geschäfts ist nicht die des Scheingeschäfts, letzteres hat seine eigene, die von jener nicht selten in den wesentlichsten Punkten abweicht und darum auch durch die Veränderungen, die mit jener vor sich gehen, nicht betroffen wird.[397] Der praktische Wert des Scheingeschäfts beruhte auf der Freiheit, mit der die Juristen die Rechtssätze des originären bei dem Scheingeschäft zur Anwendung brachten, sie änderten oder ausschlossen, kurz auf seiner dogmatischen Unabhängigkeit und Selbständigkeit. Möglich, daß diese Eigenschaft für manche Scheingeschäfte erst nach und nach gewonnen ward, aber nicht minder gewiß, daß andere sie von vornherein mit zur Welt brachten. Das testamentum per aes et libram war ein von der mancipatio abgezweigtes Scheingeschäft. Die mancipatio gewährte ein unwiderrufliches Recht. Wer möchte glauben, daß dieser Satz jemals beim Manzipationstestament zur Anwendung gelangt sei? Damit wäre dasselbe seiner ganzen Brauchbarkeit beraubt worden, es hätte aufgehört zu sein, was es von jeher war: ein Testament, und wäre in eine unwiderrufliche letztwillige Verfügung, einen Erbvertrag übergegangen. Bei der wirklichen coemptio fiel dem Manne das ganze Vermögen der Frau zu, und umgekehrt beerbte sie ihn, wenn er starb. Wie ungeschickt wäre es gewesen, wenn man beide Sätze auf die coemptio fiduciae causa hätte übertragen wollen! Daß es nicht geschehen ist, wird uns ausdrücklich bezeugt.[398] Das Urteil erzeugte nur Wirkungen unter den Parteien, so auch das Urteil im Vindikationsprozeß. Die in jure cessio dagegen reichte weiter, sie wirkte absolut, in einem speziel-

397) So z. B. relevierte der Umstand, daß der ernstliche Verkauf der Frau ins Manzipium schon früh untersagt ward, nichts für den Scheinverkauf derselben.

398) Ersteres: Gaj. II. 98: sive quam in manum ut uxorem receperimus; letzteres: Gaj. I. 115b, 118.

len Fall, bei der tutela legitima mulierum aber blieb sie umgekehrt hinter der vindicatio zurück, ihre Wirkung erlosch mit dem Tode und der capitis deminutio des Zedenten.[399]) Eine Vindikation der Erbschaft war erst nach der Antretung möglich, eine in jure cessio derselben nur vor der Antretung, und auch dies nur bei der hereditas legitima.

Doch genug der Belege für eine Behauptung, die für jeden, der von dem praktischen Takt der römischen Juristen eine Vorstellung hat, kaum eines Beweises bedürfen wird. So wenig wie dieselben sich bei der Interpretation der Gesetze blindlings dem Buchstaben gefangen gaben, unbekümmert um das praktische Resultat, das zutage kam (III. 459), so wenig bei dem Scheingeschäfte der leidigen Konsequenz. Wo dieselbe zu Resultaten führte, die, obschon durch den Zweck des Scheingeschäfts nicht gerade geboten, doch mit demselben wenigstens nicht in Widerspruch traten, vergönnten sie ihr freien Spielraum; über diese Grenze hinaus versperrten sie ihr den Weg. Eben daß die Juristen dies taten, daß sie die Theorie des Scheingeschäfts in der Weise gestalteten, wie sie dem Zweck desselben entsprach, daß es also nicht erst Sache der Parteien war, alle unbequemen Wirkungen, die das originäre Geschäft in seiner wirklichen Anwendung erzeugte, auf allerhand Umwegen zu beseitigen — eben dieser Umstand enthält in meinen Augen die eigentliche Signatur des Scheingeschäfts und damit zugleich das spezifische Merkmal, welches die Scheingeschäfte des Rechts von den Schleichwegen des Lebens, den simulierten Geschäften unterscheidet.[400]) Th. Mommsen hat

399) Ulp. XI. 7.

400) Wenn Th. Mommsen, Röm. Forschungen Aufl. 2 S. 408 die Behauptung aufstellt, daß die Parteien „in dem einen wie in dem andern Fall ganz unter denselben Rechtssatzungen gestanden hätten, aber bei den denaturierten Geschäften sich auf diesem oder jenem Wege denjenigen tatsächlichen Konsequenzen entzogen hätten, um derentwillen jene Satzungen aufgestellt worden seien, oder daß beide Arten von Geschäften sich nicht durch die Verschiedenheit der Rechtsfolgen, sondern lediglich der tatsächlichen Folgen unterschieden hätten", so geht aus der Limitation, die er sofort hinzu-

das Scheingeschäft als denaturiertes bezeichnet, und ich halte diesen Ausdruck für einen ganz zutreffenden. Aber die Denaturation beruhte nicht darin, worein er sie setzt, nämlich daß die Parteien im einzelnen Fall das Geschäft verrenkt hätten — dies hätte die Natur, den Begriff des Geschäfts selber nicht weiter berührt —, sondern darin, daß das Recht es tat, m. a. W. daß eine neue Geschäftsform geschaffen ward.

Die bisherige Ausführung war, ganz abgesehen von dem Interesse, das sie an sich hat, auch zu dem Zweck nötig, um ein Scheingeschäft, auf das man erst neuerdings aufmerksam geworden ist, dem aber von dem soeben genannten Gelehrten seine Legitimation als Scheingeschäft bestritten ist, unter die Zahl derselben aufnehmen zu können und damit einen wertvollen Beitrag für die oben entwickelte Theorie der Scheingeschäfte zu gewinnen. Dies ist die Verwendung der arrogatio als Form des Übertritts eines Patriziers zu den Plebejern (transitio ad plebem).[401])

---

fügt: „daß bei denjenigen Scheinformen, die das Recht toleriert und weiter entwickelt, allmählich auch die rechtlichen Konsequenzen mehr oder minder alteriert worden seien", hervor, daß er der im Text entwickelten Auffassung nicht so fern steht, als es jenen Äußerungen nach scheinen möchte. Auch L. Lange, der gerade am wenigsten Veranlassung gehabt hätte, diese Ansicht seines Gegners gelten zu lassen (s. unten), spricht von einer „prinzipiellen Unterschiedslosigkeit des ernsthaften und des Scheingeschäfts" (S. 39, 40 der in der folgenden Note zitierten Schrift).

401) Soviel ich weiß, hat zuerst Becker, Röm. Altert. II. S. 156 die Arrogation als den einzigen und ausschließlichen Weg der transitio ad plebem bezeichnet, ohne freilich diese Ansicht näher auszuführen und zu begründen. Letzteres ist erst geschehen von Ludwig Lange in einem Vortrag auf der Philologenversammlung in Meißen, abgedruckt in der Zeitschr. für österr. Gymnasien 1863 S. 861 ff., gegen den Th. Mommsen seine in seiner Abhandlung über die römischen Patriziergeschlechter (Rhein. Museum N. F. XVI. S. 358) geäußerte Ansicht, daß der Übergang auf direktem Wege durch detestatio sacrorum erfolgt sei, in einem Nachtrage zur zweiten Auflage seiner römischen Forschungen S. 399—411 weiter zu begründen und die juristische Unmöglichkeit der Langeschen Auffassung zu erweisen gesucht hat. Dagegen wiederum Lange in einer eigenen Schrift:

Der Sohn des Plebejers war wiederum Plebejer. Ein Patrizier, der zur Plebs übertreten wollte, um damit die Fähigkeit zur Bekleidung des Tribunats zu erlangen, brauchte sich also zu dem Zweck nur von einem Plebejer arrogieren oder, wenn er Haussohn war, adoptieren zu lassen, was, wenn auch schwerlich in ältester, doch jedenfalls schon in der guten Zeit der Republik möglich war. Eine sich daran reihende, im voraus verabredete Emanzipation verschaffte ihm dann, wenn er es wünschte, die Stellung eines pater familias. Der Preis, den er für den gewünschten Zweck einzusetzen hatte, war freilich kein geringer, Verlust des Patriziats, der sacra, des Namens und des Erbrechts; dies brachte die Konsequenz jener Vorgänge mit sich. Aber gerade in der Höhe dieses Preises lag die Nötigung, eine bequemere Form ausfindig zu machen. Dies war entweder in der Weise möglich, daß man eine ganz neue, eigens für diesen Zweck berechnete Form erfand, oder in der Weise, daß man an jenen durch das vorhandene Recht ermöglichten Umweg anknüpfend denselben nur zweckmäßiger gestaltete. Wer der bisherigen Ausführung gefolgt ist, wird schwerlich darüber im unklaren sein, welche von beiden Möglichkeiten der Weise der römischen Juristen mehr entsprach; angenommen, daß sie sich aber dennoch für die erstere Alternative entschieden hätten, so wird es von vornherein als höchst unwahrscheinlich bezeichnet werden dürfen, daß jetzt noch jemand auf die Idee hätte verfallen sollen, sich anstatt des ihm geöffneten direkten Weges des unvollkommenen alten Umweges zu bedienen.

Bekanntlich wählte nun Clodius, als er des obigen Motivs wegen zur Plebs überzutreten beschloß, den letzteren Weg; er ließ sich von einem Plebejer, dem Fontejus, arrogieren und sodann emanzipieren. Über den Zweck dieses Schrittes konnte niemand im unklaren sein, ganz Rom kannte ihn und so auch die Pontifizes, die dabei mitzuwirken hatten. Zum Überfluß, um die

---

Über die transitio ad plebem. Leipzig 1864 (kurz zusammengefaßt in dessen Röm. Altert. B. 1 Aufl. 2. S. 122 ff.).

Nichternstlichkeit der Arrogation noch augenfälliger zu machen, war als Figurant ein Mann gewählt, jünger an Jahren als der zu Arrogierende! Wenn nun gleichwohl die Pontifizes ihre Beihilfe nicht versagten, so läßt das die doppelte Deutung zu: entweder die einer mit der Ernstlichkeit, mit der sie sonst die Bedingungen der Arrogation prüften, wenig in Einklang stehenden Konnivenz bei einem, wie Mommsen selber ihn bezeichnet, „dem Wesen der Adoption widerstreitenden Willkürakt" — einer Konnivenz, die ihnen durch die Wahl eines Arrogators von etwas vorgerückterem Alter jedenfalls hätte erleichtert werden können —, oder aber die einer ihnen amtlich obliegenden Mitwirkung zu einem Scheingeschäft in unserm Sinn. Die Gründe, die für die letztere Deutung geltend gemacht worden sind, haben für mich ganz überzeugende Kraft. Clodius behielt seinen patrizischen Namen bei und nahm nicht, wie es bei wirklichen Adoptionen üblich, den des Adoptivvaters an; ebenso verblieben ihm seine sacra und sein ziviles Erbrecht[402]) — alles ganz erklärlich bei der zweiten, unerklärlich bei der ersten Annahme. Wenn die Pontifizes die Wirkung der den Übertritt zur Plebs vermittelnden Scheinarrogation lediglich auf diesen ihren einzigen Zweck beschränkten und die übrigen Wirkungen, welche über ihn hinausgingen, fallen ließen, so verfuhren sie dabei nicht anders als, wie oben gezeigt, bei den meisten andern Scheingeschäften, und die arrogatio fiduciae causa zum Zweck der transitio ad plebem findet insbesondere an der coemptio fiduciae causa in ihrer oben beschriebenen Gestalt ein Seitenstück, das nichts zu wünschen übrig läßt, und das allein schon ausreicht, die Einwendungen, die vom Standpunkt der „römisch-juristischen Logik" aus gegen jene Ansicht erhoben sind, zu entkräften. Bei den Scheingeschäften bestand die Logik des römischen Rechts meiner Auffassung nach gerade darin, daß es die unbequeme Logik, das, was

402) Lange in der zitierten Schrift S. 33—38, S. 42—48.

man nicht wollte, ausschloß, oder m. a. W. die Logik des Zwecks über die der Mittel setzte.

Von diesem Standpunkt aus erklärt es sich, warum in dem obigen Fall ein Mann, jünger an Jahren, als der zu Arrogierende, die Rolle des Adoptivvaters übernahm — es ließ sich kein besserer Protest gegen die Ernstlichkeit der Arrogation denken als gerade dieser.[403]) Bei der entgegengesetzten Ansicht hätte darin ein gänzlich zweckloser Hohn gegen das Pontifikalkollegium gelegen.

Zu diesem Schößling der Arrogation fügte die Kaiserzeit noch einen andern, soviel ich weiß, bisher nicht beachteten hinzu: die Verwendung der Adoption als Form der Ernennung des Thronfolgers (adoptio regia). Unter den ersten Kaisern eine wirkliche Adoption, die dem Adoptierten ganz die Stellung eines Hauskindes anwies,[404]) ward sie nach und nach eine reine Form für die angegebenen Zwecke, deren Unterschied von der echten Adoption ein Zeugnis aus der Zeit Diocletians als einen ganz bekannten voraussetzt.[405]) Daß es bei diesem Akt nicht auf einen Sohn im natürlich-sittlichen und juristischen Sinn abgesehen sei, ward bereits in früher Zeit von einigen der Kaiser selber betont,[406]) und nachdem man sich daran gewöhnt hatte, den Akt in anderm Licht zu betrachten, kam man schwerlich mehr in Versuchung, die

403) Lange a. a. O. S. 13. Eine Parallele findet er in der oben (Note 387 a. E.) als möglich zugegebenen symbolischen Bedeutung der senes coemptionales.

404) Ihr entsprechend richtet z. B. Tiberius seit seiner Adoption durch Augustus seine ganze Handlungsweise ein. Sueton. Tiberius c. 15: nec quidquam postea pro patrefamilias egit etc.

405) Spartian. Aelius Verus c. 2 .. non testamento, ut antea solebat, neque eo modo, quo Trajanus est adoptatus, sed eo prope genere, quo nostris temporibus a vestra clementia Maximianus atque Constantius Caesares dicti sunt quasi quidam principum filii virtute et designati augustae majestatis heredes.

406) So z. B. Galba bei Tac. Hist. I. 15: Augustus in domo successorem quaesivit, ego in re publica, Hadrian bei Spartian. Hadrianus c. 4: tu patrimonii tui, non reipublicae quaeris heredem.

Konſequenzen der gewöhnlichen Adoptionstheorie zu ziehen, das Vermögen des Thronfolgers dem Kaiſer[407]) und umgekehrt die Privaterbſchaft des letzteren jenem zuzuſprechen. Hadrian ſtellte dem Antoninus Pius bei ſeiner Adoption die Bedingung, daß er als ſeinen Nachfolger den Mark Aurel und als deſſen, alſo als ſeinen Enkel, den Verus adoptiere und dieſem ſeine Tochter gebe. Erſteres geſchah, gleichwohl aber wurden die beiden letzteren im Leben als Brüder betrachtet (nach ihrem Tode die „Divi fratres"), ungeachtet juriſtiſch genommen der eine der Vater des andern war. Verus erhielt ſtatt der ihm von ſeinem Adoptiv-Urgroßvater Hadrian zugedachten Tochter ſeines Adoptiv-Großvaters Pius ſchließlich die Tochter ſeines Adoptivvaters oder Bruders Mark Aurel zur Braut, während dieſer wiederum die Tochter ſeines eigenen Adoptivvaters zur Frau nahm.[408]) Wer mag bei dieſer Verkehrung der gewohnten Ordnung der Familie noch an wirkliche Familienverhältniſſe denken! Es waren Verabredungen rein politiſcher Art, bei denen die Adoption nur den Namen hergab, um die Reihe der Regierungsnachfolger zu beſtimmen, ohne daß man ihr auf die Privatverhältniſſe weder einen hinderlichen noch förderlichen Einfluß eingeräumt hätte.[409]) Kur-

---

407) Sonſt hätte z. B. das Vermögen des Älius Verus, der mit Zurücklaſſung eines Sohnes vor Hadrian ſtarb, als Pekulium an letzteren fallen müſſen.

408) Spart. Hadrian. c. 22. Ael. Verus c. 6. Capitol. Verus c. 3. Ant. Phil. c. 5. Juriſtiſch war allerdings die Adoption des Schwiegerſohnes dadurch möglich zu machen, daß der Vater die Tochter vorher aus der Gewalt entließ. L. 17 § 1 de R. N. (23. 2) (nicht entgegen L. 23 i. f. de adopt. 1. 7) — ein leeres Spiel mit den Familienverhältniſſen, das von den im Text genannten Perſonen ſchwerlich aufgeführt worden iſt. Mark Aurel war, als er den Verus adoptierte, 18 Jahre alt, wenige Jahre älter als letzterer. Capit. Ant. Phil. c. 5 und c. 7 .. fratrem sibi participem in imperio designavit .. et quasi pater (ejus) esset et Verum eum appellavit addito Antonini nomine filiamque suam Lucillam fratri despondit.

409) So hinterließ Ant. Pius ſein Vermögen nicht ſeinem Adoptivſohn, ſondern ſeiner natürlichen Tochter. Capitol. Pius c. 12.

es war ein neuer Begriff: die „adoptio regia“,[410]) bei der daher auch die alten Formen, die früher noch beobachtet waren, bald andern Platz machten. Hadrian erfuhr seine Ernennung zum Nachfolger von seiten des Trajan erst durch Übersendung des Patents, als er in Spanien war.[411]) Ob wohl irgend einer der Juristen, wenn derselbe dort umgekommen wäre, daran gedacht haben würde, das Testament, das er vorher errichtet hatte, für hinfällig zu erklären und sein Vermögen als Pekulium dem Trajan zuzusprechen? Ich möchte es bezweifeln! Im dritten Jahrhundert fiel endlich selbst die formelle Anknüpfung an die Adoption hinweg. Die Ernennung erfolgte durch Patent, welches den Titel eines Caesar verlieh, und der Akt selber wird als Verleihung des caesarianum nomen bezeichnet.[412])

In dem soeben behandelten Fall besitzen wir, soviel mir bekannt, das späteste Scheingeschäft, das die Geschichte des römischen Rechts aufzuweisen hat. Die Technik der klassischen Zeit konnte derartiger künstlicher Mittel, mit denen die Jurisprudenz in ihrer Jugendzeit sich beholfen hatte, entraten; die vorhandenen Scheingeschäfte erhielten sich noch zum Teil, aber von neu entstandenen tut die Geschichte uns keine Meldung mehr, — die Periode der Scheingeschäfte war vorüber!

Die Fiktionen haben sich in neuester Zeit einer regen Bearbeitung zu erfreuen gehabt,[413]) es will mir aber scheinen, als

---

410) So bezeichnet sie Capit. Ant. Phil. c. 5.

411) Spart. Hadr. c. 4.

412) So schon zur Zeit des Commodus. Capitol. Clod. Albinus c. 2: literas dederat: quibus jusserat ut Caesar esset ... Alias ad te publice de successore atque honore dedi etc. Auf die Adoption wird hier nicht die leiseste Anspielung gemacht. Id. c. 3: donantem me Caesariano nomine.

413) Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession (1856) S. 87—90, S. 377 fl. Köppen, Die Erbschaft (1856) S. 6—9. Ber-

ob man stellenweis ihre Bedeutung nicht wenig überschätzt habe,[414]) und als ob bereits Savigny[415]) mit wenig Worten das wahre Wesen derselben erschöpft habe. „Entsteht eine neue Rechtsform, sagt er, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiktion, für die Entwicklung des römischen Rechts höchst wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt."

Zu dieser „lächerlichen Verkennung" bietet die Fiktion allerdings eine gewisse Versuchung dar. Sie ist eine von den Erscheinungen der juristischen Technik, mittelst deren man die römische Jurisprudenz vor Unkundigen leicht persiflieren kann, und Cicero, den wir schon so oft auf derselben Fährte betroffen haben, hat auch diesen Stoff zu verwerten gesucht.[416]) Wie läppisch, kann man sagen, ein rechtliches Hindernis, dessen man nicht Herr werden kann, einfach hinwegzufingieren, den nachteiligen Einfluß einer Emanzipation zu beseitigen, indem man sie selber für nicht geschehen erklärt, die Tochter des Patrons zum Sohne, den Nichtbürger zum Bürger zu machen und sogar die keusche Diana, um ihr die an den Besitz des jus liberorum geknüpfte Erbfähigkeit

---

ger, Kritische Beiträge zur Theorie des österreich. allgemeinen Privatrechts (1856) S. 71—95. Demelius, Die Rechtsfiktion (1858). — Der letztgenannte Schriftsteller hat gegen die im Text folgende Darstellung, welche zum Teil gegen ihn gerichtet war, in der Münchener Krit. Vierteljahrsschrift X. S. 354 fl. allerhand Ausstellungen erhoben, denen ich dadurch vollkommen gerecht geworden zu sein glaube, daß ich den Ort bezeichnet habe, wo der Leser sie finden kann.

414) S. z. B. Kuntze, der „in diesem wundersamen Reich der Fiktionen ein dämonisches Walten" wahrnimmt. Auch Berger sucht meines Erachtens zuviel hinter ihnen.

415) Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aufl. 3 S. 32.

416) In Verrem II. 2, 12: Judicia hujusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, quum Siculos eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent — die bekannte Fiktion der Zivität, die wir jetzt auch aus Gaj. IV. 37 kennen.

zuzuwenden, mit Kindern zu beschenken.[417]) Wie freilich Juristen durch diese barocke Form der Fiktion sich täuschen lassen konnten, ist schwer zu begreifen, und doch bietet die Literargeschichte ein eklatantes Beispiel an einem der namhaftesten Juristen des vorigen Jahrhunderts.[418])

Und doch ist die Sache so außerordentlich einfach. Man möge mir erlauben, sie durch ein Beispiel des heutigen Lebens zu veranschaulichen. Eine Eisenbahnverwaltung, eine Steuerbehörde hat Formulare drucken lassen, in denen aus Versehen oder, weil der Artikel damals noch nicht bekannt war, eine Kolumne oder Rubrik für einen inzwischen kurrent gewordenen Artikel fehlt. Um nicht die sämtlichen Formulare umdrucken zu lassen, bestimmt sie, daß der Artikel unter eine der vorhandenen Kolumnen untergebracht werden solle, daß Braunkohlen z. B. als Steinkohlen gelten sollen. Was hat der römische Prätor anders getan, wenn er bei Ausdehnung der Klagen auf neue Verhältnisse die alten Formulare unverändert beibehielt und nur für den Richter den Vermerk hinzufügte, er solle das neue Verhältnis ganz so behandeln, als ob es unter die Kategorie des alten fiele? Es war in der Tat nichts als eine eigentümliche Form der analogen Ausdehnung des Gesetzes (Note 418).

Diesen und keinen andern Zweck hat diese Fiktion. Sie soll den Prätor oder die Theorie der Mühe, diese Formulierung der Klage oder des Begriffs entsprechend zu verändern, überheben. „Nur ein Erbe kann die hereditatis petitio anstellen", lautete der Satz des alten Rechts. Aber das Bedürfnis drängte später dahin, auch anderen Personen, z. B. dem Käufer der Konkursmasse, dem Bonorum Possessor die Klage zuzugestehen. Infolge

417) Über die Beispiele im Text s. Gaj. III. 26. IV. 38. Dio Cassius c. 55 i. i. Note 416 und 425.

418) Heineccius Antiq. jur. Rom. I. 2. § 24. Historia jur. Rom. I. 3. § 70. Sein Gegner in dem Streit über den Charakter des prätorischen Rechts: Richey (bez. Korte) traf mit einem Worte den Nagel auf den Kopf, indem er die Fiktionen „interpretationes extensivas" nannte.

davon hätte nicht bloß die alte auf den heres oder die hereditas lautende Faſſung der Klage, ſondern auch die Formulierung der obigen Regel geändert werden müſſen. Letzteres war aber kein Leichtes, es hieß an Stelle des bekannten, geläufigen Begriffs der hereditas einen neuen allgemeineren, den der Univerſalſukzeſſion aufſtellen, ihn klar erfaſſen und formulieren. Sollte das Leben ſo lange warten, bis der Doktrin dies gelungen war? Man wählte einen theoretiſch minder korrekten, praktiſch aber eher zum Ziele führenden Weg, jene beiden Perſonen werden als heredes angeſehen; ſie ſind es zwar nicht, aber ſie werden als ſolche fingiert, will heißen: behandelt, ihnen in dieſer beſtimmten Beziehung gleichgeſtellt. Auf dieſe Weiſe war das bisherige Recht formell gerettet. Der Prätor gab nach wie vor die alte Klagformel, nur mit dem obigen Zuſatz, der Lehrer des Rechts trug nach wie vor jene Regel vor und ſchnitt den Einwand des Schülers, daß doch jene Perſonen keine heredes ſeien, in derſelben Weiſe ab, wie der Prätor den des Richters, ſie ſeien zwar keine, aber rückſichtlich der Klagbefugnis ſeien ſie denſelben gleichgeſtellt, d. h. das Klagerecht des heres ſei auf ſie übertragen worden.

„Das Teſtament iſt der letzte Wille eines römiſchen Bürgers; wem dieſe Eigenſchaft im Moment des Todes abgeht, der kann kein gültiges Teſtament hinterlaſſen.“ Das war der Satz des alten Rechts. Als Konſequenz ergab ſich daraus, daß das Teſtament eines Bürgers, der in feindlicher Gefangenſchaft ſtarb, keine Gültigkeit hatte. Die lex Cornelia ſah ſich veranlaßt, dieſe Konſequenz rückſichtlich der vor der Gefangenſchaft errichteten Teſtamente aufzuheben. Sie hätte es tun können in der Weiſe, wie wir heutzutage es tun würden, indem ſie dieſe Neuerung offen ausſprach, und ſie würde es vielleicht auch getan haben, wenn nicht die römiſchen Juriſten mit im Rat geſeſſen und das Intereſſe ihrer Disziplin dadurch gewahrt hätten, daß ſie eine Wendung erſannen, die den obigen Fundamentalſatz äußerlich beſtehen ließ, die bekannte fictio legis Corneliae. Das Geſetz ſprach aus, es ſolle ſo angeſehen werden, als ob der Teſtator

bereits im Moment seiner Gefangennehmung, also noch als Freier und römischer Bürger verstorben wäre.[419])

Diese beiden Beispiele werden als Anhaltspunkte zur Veranschaulichung des eigentümlichen Mechanismus und der technischen Bestimmung der Fiktion genügen.

Der Zweck der Fiktion besteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Verarbeitung neuer, mehr oder weniger einschneidender Rechtssätze verbunden sind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern. Indem sie die Schwierigkeiten umgeht, statt sie zu lösen, charakterisiert sie sich damit allerdings als eine wissenschaftlich unvollkommene Form der Lösung der Aufgabe — sie verdient denselben Namen, wie das Scheingeschäft, den einer technischen Notlüge — aber indem sie andererseits einen leichteren, bequemeren Weg einschlägt, der praktisch ganz zu demselben Ziele führt, erleichtert sie damit den Fortschritt, macht ihn möglich zu einer Zeit, wo es der Wissenschaft noch an der Kraft fehlen würde, die Aufgabe in der ihr entsprechenden Gestalt zu bemeistern. Ohne die Fiktionen wären manche einflußreiche Änderungen des römischen Rechts wahrscheinlich erst in viel späterer Zeit erfolgt. Es ist leicht zu sagen, Fiktionen seien Notbehelfe, Krücken, deren sich die Wissenschaft nicht bedienen solle. Sobald letztere ohne sie fertig werden kann, gewiß nicht! Aber immer besser, daß sie mit Krücken geht, als ohne Krücken ausgleitet oder sich nicht aus der Stelle bewegt. Es ist daher nicht Zufall, sondern ein richtiger Instinkt, der die Wissenschaft in ihrer Jugendperiode zu dieser Krücke greifen heißt, und auch hier kann wiederum das Beispiel des englischen Rechts, das von diesem Mittel die ausgedehnteste Verwendung gemacht hat, uns belehren, daß wir es nicht mit einer spezifisch römischen, sondern mit einer Einrichtung

419) L. 18, 22 de capt. (49. 15).

zu tun haben, die auf einer gewiſſen Stufe der juriſtiſchen Entwicklung mit innerer Notwendigkeit zum Vorſchein getrieben wird. Selbſt wenn die Wiſſenſchaft die Kinderſchuhe ausgetreten hat, und die tauſendjährige Übung des Denkens in ihr endlich jene Sicherheit und Fertigkeit des abſtrakten Denkens gezeitigt hat, die erforderlich iſt, um die theoretiſchen Grundlagen einer Lehre neu zu geſtalten, kann immerhin doch als erſter Anſatz zur Bewältigung eines völlig neuen Gedankens — im *theoretiſchen Notſtand* — die Fiktion eine gewiſſe Berechtigung haben. Beſſer Ordnung und freie Beweglichkeit mit Fiktion, als Unordnung und Unbeweglichkeit ohne Fiktion!

Andererſeits freilich liegt in jeder Fiktion, eben weil ſie ein unvollkommnes Mittel iſt, für die Wiſſenſchaft die Mahnung, ſie möglichſt bald durch ein vollkommneres zu erſetzen. Aber der Jurisprudenz zumuten, die Fiktion über Bord zu werfen, bevor ihr die *wirkliche* Löſung gelungen, hieße den Krückenträger auffordern, die Krücken fortzuwerfen, bevor er gehen kann.

Völlig verſchieden von den Fiktionen, die ich im bisherigen im Auge gehabt habe, und die ich als *hiſtoriſche* bezeichnen möchte, weil ſie eine eigentümliche Form des hiſtoriſchen Fortſchrittes, die formelle Anknüpfung des Neuen an das Alte repräſentieren, ſind zwei andere Verhältniſſe, auf die ebenfalls der Name angewandt worden iſt. War es eine Fiktion, wenn die lex de arrogatione dem arrogierten Kinde die Stellung des natürlichen anwies? Sicherlich nicht,[420]) es war zwar eine Gleichſtellung, aber nicht jede Gleichſtellung iſt eine Fiktion. Oder wäre es eine Fiktion, wenn ein heutiges Geſetz die Juden den Chriſten gleichſtellt? Allerdings enthält auch die Fiktion eine Gleichſtellung — man denke an das Beiſpiel des bonorum emptor und bonorum possessor (S. 303) —, aber das Charakteriſtiſche iſt die Form, in der ſie dieſelbe vermittelt, und der Zweck,

420) *Demelius* in ſeiner Note 413 zitierten Schrift zieht dieſen und alle ähnlichen Fälle mit unter den Begriff der Fiktion, wodurch derſelbe nur verdunkelt werden kann.

dessentwegen sie dies tut. Anstatt den Rechtssatz so zu erweitern, daß das Verhältnis, auf das er ausgedehnt werden soll, darunter Platz findet, wird umgekehrt das Verhältnis in gewaltsamer Weise so gepreßt, daß es hineinpaßt, der juristischen Vorstellung wird zugemutet, sich dasselbe in einer andern Gestalt zu denken, als die es an sich trägt, die wirkliche Erweiterung des Rechtssatzes wird *verdeckt*, *verschleiert*. In den obigen Fällen geschieht nichts dem ähnliches. Anstatt die rechtliche Stellung, die das arrogierte Kind oder die Juden einnehmen sollen, im einzelnen genauer anzugeben, wird einfach auf die des natürlichen Kindes, der Christen, Bezug genommen, es ist eine abgekürzte Form der Fassung der anzuwendenden Rechtsgrundsätze, eine *Verweisung*, aber nichts weniger als eine Fiktion. Solche Verweisungen wiederholen sich überall und zu jeder Zeit sowohl in den Gesetzen als den Rechtsgeschäften der Privaten,[421]) nicht selten bilden sie den Inhalt eines besonderen Privilegiums,[422])— eine technische Bedeutung können sie nicht in Anspruch nehmen.

421) Mit demselben Recht, mit dem *Demelius* Wendungen wie: decem viri eodem jure sint, quo qui optima lege (Cic. de leg. agr. II. 11) und die alte Kurialformel: siremps lex res jus causaque omnibus omnium rerum esto (Val. Prob. de not. § 3) u. a. m. hierher zieht, könnte man auch von einer Fiktion sprechen, wenn ein Mieter die Wohnung „zu denselben Bedingungen wie sein Vorgänger" mietet — es ist eine Erleichterung für den Abschreiber, nichts weiter. Dieselbe Erleichterung gönnt sich der spätere Gesetzgeber, wenn er, anstatt alle die einzelnen Rechte, welche das arrogierte Kind oder die Juden haben sollen, aufzuzählen, einfach auf das leibliche Kind oder die Christen verweist.

422) So in Rom z. B. das jus liberorum, welches die kinderlose Frau in bezug auf die Kapazitätsbestimmungen der Frau mit Kindern gleichstellte, die restitutio natalium, welche dem Freigelassenen die Stellung des Freigebornen einräumte. Ob dabei die Wendung gebraucht wird, „*ebenso als ob* sie Kinder hätte, als ob er freigeboren wäre" (L. 5 § 1 de nat. rest. 40. 11), verschlägt nichts. Ebensowenig steht im Wege, daß beide Begriffe ursprünglich höchstwahrscheinlich in der Form von Fiktionen aufgetreten sind, daß also die Kaiser, welche zuerst von dem Erfordernis des Besitzes der Kinder dispensierten oder dem Freigelassenen die Stellung eines Freigebornen einräumten, dies formell in der Weise vermittelten, daß sie in dem Pa-

Für das zweite Verhältnis ist der Ausdruck Fiktionen allgemein eingebürgert, und ich will dem Sprachgebrauch nicht entgegentreten, es genügt mir, die Verschiedenheit desselben von der oben geschilderten Funktion der Fiktion zu konstatieren. Die Existenz der juristischen Person, so lehrt man, beruht nicht auf natürlichem Dasein, sondern auf Fiktion. Und in der Tat richtet diese Fiktion an unsere Vorstellung ganz dieselbe Aufforderung, wie die obigen, sich nämlich das tatsächliche Verhältnis anders zu denken als es wirklich ist, statt der einzelnen Mitglieder der Zunft sich ein gedachtes Wesen, die Zunft als Subjekt vorzustellen. Aber der Zweck der Fiktion ist hier nicht Erleichterung der Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes an das bisherige Recht, sondern Erleichterung der juristischen Vorstellung. Die Betrachtung dieser *dogmatischen* Funktion der Fiktion, wie ich sie zum Unterschiede von der in dem gegenwärtigen Zusammenhange allein zu erörternden *historischen* nennen will, liegt außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe, die Hervorhebung derselben hatte lediglich das negative Interesse für uns, den störenden Einfluß, den sie auf die richtige Erfassung der historischen Funktion derselben ausüben konnte, fernzuhalten.[422a])

---

tent den Besitz von Kindern oder die freie Geburt *fingierten*. Nachdem sich aus solchen einzelnen Fällen einmal der Begriff des jus liberorum und der restitutio natalium herausgebildet hatte, konnte man diese formelle Anknüpfung hier ebenso fallen lassen, wie man dies in unzähligen anderen Fällen getan hat. Die actio Publiciana war ursprünglich eine act. fictitia, ist es aber heutzutage nicht mehr. Ebenso mochte man in alter Zeit die acceptilatio oder novatio als fingierte Zahlung betrachten, aber nachdem die beiden Akte unter dieser Hülle sich zur Selbständigkeit des Begriffs herausgebildet hatten, galten sie „sua vi ac potestate“ (Gaj. IV. 33), ohne sich noch fernerhin unter den Begriff der Zahlung flüchten zu müssen. Nachdem die Wissenschaft sie erkannt hatte als das, was sie in Wirklichkeit waren, war eben damit das Stadium der Fiktion überwunden.

422a) Der obigen Bezeichnung: historische und dogmatische Fiktionen will jetzt *Unger* Verträge zugunsten Dritter, Jena 1869 S. 9—11 die von praktischen und theoretischen substituieren und von ersteren zwei Arten unterschieden wissen, von denen die eine mit meiner historischen Fiktion zu-

Kehren wir zu letzterer zurück. Die Fiktion in dieſem Sinne iſt ein Seitenſtück zum Scheingeſchäft, nicht ſelten ſogar, um einen früheren (III 382) Ausdruck zu wiederholen, das Caput mortuum desſelben, hervorgegangen aus demſelben Motiv und in ganz ähnlicher Weiſe operierend. Was das Scheingeſchäft auf dem weitläufigeren Wege der Handlung, beſchafft ſie auf dem einfacheren des Gedankens, beide tun dem Verhältnis, das ſie behandeln, Gewalt an, um es über das Prokruſtesbett bereits vorhandener Geſchäfte, Begriffe, Klagen zu ſpannen. Nur darin möchte ein Unterſchied beider gelegen ſein, daß, während das Scheingeſchäft in unſerm obigen Sinn vorzugsweiſe im römiſchen Verkehr, weniger im Prozeß zur Erſcheinung gelangte, die Fiktion gerade im Prozeß die reichſte Verwendung fand, welches letztere ſich auch im engliſchen Rechte wiederholt. Der Übergang des Legisaktionenprozeſſes in den Formularprozeß ſcheint vorzugsweiſe durch ſie vermittelt worden zu ſein.[423]) Die Form, die ſie in dem Prozeſſe annahm, war eine doppelte, die eines Zwiſchenſatzes und eines Vorderſatzes, im erſteren Fall enthielt die Formel bloß die eine, ſich überall wiederholende Bedingung: si paret, im zweiten eine Doppelbedingung;[424]) dieſe letztere Form möchte ich für die ältere halten.

ſammenfällt, die andere die auf der vorigen Seite erörterte eigentümliche Redeform iſt, in der Demelius eine Fiktion erblicken wollte, und für die Unger den Ausdruck deklaratoriſche und terminologiſche Fiktion vorſchlägt. Ich halte weder die Vertauſchung meines Ausdrucks „hiſtoriſch“ durch „praktiſch“ für glücklich — denn erſterer erinnert ſtets an das Motiv, dem die Fiktionen ihren Urſprung verdanken: die hiſtoriſche Verknüpfung des Neuen mit dem Alten, und an ihre paſſagere hiſtoriſche Bedeutung, während letztere ihnen den Schein einer praktiſchen Berechtigung zugeſteht, die ſie nicht haben — noch auch kann ich mich entſchließen, in einer bloßen Redewendung, wie wir ſie im täglichen Leben unausgeſetzt benutzen, einen techniſch-juriſtiſchen Begriff zu erblicken.

423) Keller, Zivilprozeß § 25 Note 298 (Aufl. 3 S. 98). Was Demelius S. 51 fl. dagegen einwendet, hat mich nicht überzeugt.

424) Beiſpiele der erſten Art bei Gaj. IV. 37: Si paret ... furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset

Über den angeblichen hiſtoriſchen Urſprung der Fiktion auf dem Gebiet des geiſtlichen Rechts habe ich mich ſchon oben (S. 288) ausgeſprochen. Ihr ſpäteres Schickſal war ganz das des Scheingeſchäfts, ſie ſtarb nach und nach ab, und mit dem Bedürfnis verlor ſich auch das Verſtändnis; die vereinzelten Spuren, die Juſtinian noch vorfand, regten die ganze Galle ſeines Unmuts und ſeiner Entrüſtung über eine ſo unſinnige Verirrung des Altertums in ihm auf, und er rottete ſie mit Stumpf und Stiel aus.[425]) Was die älteſte Jurisprudenz mit dem unbeholfenen Mittel des Scheingeſchäfts, die mittlere mit dem ſchon etwas gelenkigeren der Fiktion, das beſchaffte die klaſſiſche in der höchſten und letzten Form, der analogen Ausdehnung.

---

pro fure damnum decidere oporteret etc. Beiſpiele der zweiten bei Gaj. IV. 34: Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret.

425) z. B. L. 30 Cod. de jure dot. (5. 12): ficti divortii falsa simulatione stirpitus eruenda. L. 37 Cod. de donat. (8. 54), L. 4 Cod. de bonis lib. (6. 4) (aus den Baſiliken: L. 28 de jure patron. 49. 1) ed. Kriegel § 21, 26: antiqua simulatio et observatio, qua fingebamus patroni filiam esse filium, sublata sit ... ex machinatione quadam in veteribus libris. Ob Juſtinian es verſtanden haben würde, wenn einer der alten Juriſten ſich zu ſeiner Entſchuldigung auf Juſtinians eigene Worte in § 25 dieſes Geſetzes: tanquam si contracta fiducia emancipatio facta fuisse videretur (wiederholt in § 8 I. de leg. agn. succ. 3. 2) oder auf L. 2 § 1 Cod. de const. pec. (4. 18): ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia substituta berufen haben würde? Der Kobold der Fiktion rächt ſich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen!

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte des älteren Privatrechts.

Die Aufgabe.

Historischer Charakter der Grundbegriffe des älteren Rechts — ihre Veränderlichkeit. — Die wahren Quellen derselben. — Überschätzung des logischen Elements im Rechte.

> Non ergo a Praetoris edicto neque a XII tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam.
>
> Cic. de legib. I. Cap. 5.

LIX. Die Aufgabe des ersten Abschnitts bestand darin, diejenigen Erscheinungen, Gedanken und Gesetze darzulegen, die sich mehr oder weniger auf *allen* Gebieten des Rechts wiederholten. Den Gegenstand des gegenwärtigen Abschnitts bilden die *Rechte* des älteren Privatrechts. Der Verlauf unserer Darstellung hat uns zwar bereits manche Züge zur Signatur derselben geliefert, teils Einzelheiten, teils allgemeine Ideen, allein die bisher entwickelten universellen Gesichtspunkte reichen nicht aus, um das eigentümliche Wesen und den Gedankengehalt der Rechte zu erschöpfen, es bleibt noch ein beträchtlicher Rest zurück, dessen wir uns nur auf dem Wege einer ausschließlich diesem Gegenstand zugewandten Untersuchung bemächtigen können.

Es ist ein wunderbares Ding um diesen Bestandteil des älteren Systems. Der alte Prozeß ist in der späteren Zeit spur-

los untergegangen, das alte Rechtsgeschäft mit seinen Formen und strengen Grundsätzen ist verschwunden, aber über die Rechte des alten Vermögensrechts scheint der Wechsel der Dinge keine Macht gehabt zu haben; noch bis auf den heutigen Tag operieren wir mit denselben Begriffen des Eigentums, Besitzes, der Servitut, Obligation, der erbrechtlichen Universalsukzession, des Legats, die bereits vor zweitausend und mehr Jahren den altrömischen Juristen dienten. Hat die Zeit keine Gewalt über sie, sind sie für die Ewigkeit gemacht — unvergänglich und unveränderlich, weil absolut wahr? Oder haben auch sie sich dem Wechsel der Dinge und Ansichten gefügt, und ist es vielleicht nur die Gleichheit des Namens, die uns die Änderung der Sache selber übersehen läßt, nur dieselbe Schale, aber mit anderem Kern?

Unsere Wissenschaft ist auf diese Frage die Antwort schuldig geblieben. Zwar die Veränderungen, die mit all jenen Instituten im Lauf der Zeit vor sich gegangen, hat sie getreulich registriert, aber ob diese Veränderungen das juristische Wesen, den Begriff der Rechte getroffen oder nicht, darüber erwartet man vergebens von ihr eine Auskunft. Und doch braucht man nur einige dieser Veränderungen ins Auge zu fassen, um sich von der Verschiedenheit des Einflusses, den sie in dieser Beziehung ausgeübt haben, zu überzeugen. Die Aufhebung der in jure cessio und mancipatio, die Erweiterung der Usukapionsfristen durch Justinian und eine Reihe anderer Veränderungen auf dem Gebiet des Eigentumsrechts waren für das praktische Leben und die Theorie des Eigentums von höchster Wichtigkeit, allein der Begriff des Eigentums oder auch nur des Eigentumserwerbs erlitt dadurch nicht die geringste Modifikation, alle diese Neuerungen trafen lediglich die legislative oder ökonomische Brauchbarkeit des Instituts, nicht sein Wesen; die ursprüngliche Anlage desselben wird dadurch im mindesten nicht berührt, der Begriff des römischen Eigentums blieb unverändert. Für die Geschichte des Vormundschaftsrechts ist die Einführung der Dativtutel (tutor Atilianus) ohne alles und jedes begriffliche Interesse, dagegen

bezeichnet das Umschlagen der Tutel aus einem persönlichen Gewaltverhältnis („jus ac potestas in capite libero") in ein Obligationsverhältnis eine begriffliche Entwicklungsphase, der sich keine von allen Veränderungen, die mit diesem Institut sonst vor sich gegangen sind, an die Seite stellen läßt. Am lehrreichsten in dieser Beziehung ist das Erbrecht. Alle Umgestaltungen, denen die römische Testamentsform im Lauf der Zeit unterlag, die Verdrängung des Komitialtestaments durch das Manzipationstestament, die Einführung der schriftlichen, d. i. geheimen Errichtungsform neben der früheren ausschließlich mündlichen, die Aufstellung der privilegierten Testamentsformen gaben der Testierfreiheit eine nicht hoch genug anzuschlagende Erweiterung, aber an dem Begriff des Testaments[426]) änderten sie nicht das allermindeste; letzteres blieb, was es von jeher gewesen, eine einseitige Verfügung des Erblassers über die Erbschaft. Das Kodizill dagegen und der Erbvertrag des heutigen Rechts haben eine begriffliche Änderung der wesentlichsten Art zur Folge gehabt, ersteres, indem es den bis dahin unbekannten Begriff des erbrechtlichen Singulargeschäfts (S. 147), letzteres, indem es den Vertrag ins Erbrecht einführte. Von den XII Tafeln bis auf Justinian ist das Intestaterbrecht in seinen ganzen Grundlagen umgestaltet worden, aber ich möchte wissen, ob die Definition desselben auch nur um ein Wörtchen anders gefaßt werden müßte als in ältester Zeit; der Begriff der Intestaterbfolge ist ganz der alte geblieben. Dagegen hat Justinian durch seine Verordnung über die Antretung der Erbschaft unter der Rechtswohltat des Inventars mit einem Federstrich die Idee der erbrechtlichen Sukzession

426) Vorausgesetzt nämlich, daß man rücksichtlich des Komitialtestaments die gewöhnliche Ansicht teilt, derzufolge das Volk dabei nicht abzustimmen, sondern einfach als Zeuge zu fungieren hatte. Wer mit mir das Gegenteil annimmt, wird in dem Übergang zum Manzipationstestament eine höchst wesentliche Begriffsalteration des Testaments erblicken müssen — den Umschlag des von der Befolgung der Intestaterbfolge im einzelnen Fall dispensierenden Gesetzes in ein gewöhnliches Rechtsgeschäft.

in einer Weiſe alteriert, gegen die Hunderte von ſonſtigen Änderungen in dieſer Beziehung nicht in Betracht kommen. Der Begriff des Erben, der (von dem beſonderen Recht der Soldaten abgeſehen) ein Jahrtauſend lang unverändert derſelbe geblieben war, iſt damit ein völlig anderer geworden. Für die Geſchichte des Univerſalfideikommiſſes machten in praktiſcher Beziehung das SC. Trebellianum und Pegasianum in gleicher Weiſe Epoche, aber für die begriffliche Entwicklung dieſes Inſtituts hat letzteres gar keine Bedeutung, das Univerſalfideikommis als ſelbſtändiger erbrechtlicher Begriff verdankt ſeinen Urſprung lediglich dem erſteren.

Wie nun? Sind die Begriffe in Wirklichkeit noch dieſelben, nachdem ſie eine ſolche Umgeſtaltung erfahren haben? Verändern ſie ſich nicht täglich unter unſeren Augen? Iſt der Begriff der römiſchen Obligation heutzutage noch derſelbe, wie zur Zeit der klaſſiſchen römiſchen Juriſten? Man denke an die Papiere auf den Inhaber, die Reallaſten, die Auslobungen, um ſich von dem gewaltigen Umſchwung zu überzeugen, der mit dieſem Begriff vor ſich gegangen iſt. Und ähnliche Erſcheinungen wiederholen ſich auf allen Gebieten. Wer kann unſere heutigen Hypothekenbriefe und Handfeſten juriſtiſch begreifen, wenn er an dem römiſchen Begriff des Pfandrechts als eines Rechts an *fremder* Sache feſthält, wie ließe ſich die Übertragung der Papiere auf den Inhaber unter den römiſchen Begriff der Zeſſion bringen?

Kurz die juriſtiſchen Grundbegriffe verändern ſich im Lauf der Zeit ebenſogut, wie die Rechtsſätze, und ſie *müſſen* es, denn ſie ſind ja keine bloßen logiſchen Kategorien, ſondern die Konzentrationsform materieller Rechtsſätze, die Rechtsſätze aber wechſeln mit den Verhältniſſen und den Bedürfniſſen des Lebens. An die Unveränderlichkeit der römiſchen Rechtsbegriffe zu glauben iſt eine völlig unreife Vorſtellung, die von einem gänzlich unkritiſchen Studium der Geſchichte zeugt.

Was aber in die Zeit fällt, *nachdem* es entſtanden, iſt auch in die Zeit gefallen, *als* es entſtand, m. a. W. dieſelben *hiſto-*

riſchen Einflüſſe, denen jene Grundbegriffe im Fortgang ihrer Geſchichte ausgeſetzt geweſen ſind, werden ſich bereits bei ihrer urſprünglichen Bildung tätig erwieſen haben. Der Hiſtoriker würde ihnen gegenüber ſeine Aufgabe verfehlen, wollte er ſich einfach dabei beruhigen, daß ſie gegebene Tatſachen des römiſchen Lebens ſeien, deren Urſprung in undurchdringliches Dunkel gehüllt ſei, unmittelbare Offenbarungen, an denen das menſchliche Denken und Wollen keinen Anteil gehabt hätte, Produkte einer geheimnisvoll ſchaffenden Naturkraft. Eine ſolche Auffaſſung, ſo gern ſie ſich den Schein der ehrfurchtsvollen Scheu vor dem, „was die Geſchichte bedeckt mit Nacht und Grauen", zu geben verſucht, entwürdigt den Menſchen und erniedrigt das Recht. Denn das Recht iſt keine Pflanze, ſondern ein Stück menſchlichen Denkens und Empfindens und der Niederſchlag praktiſcher Strebungen und Erfahrungen; zu den Aufzeichnungen, die es enthält, müſſen das menſchliche Herz und der Verſtand den Schlüſſel liefern. Vermögen uns alſo jene Grundbegriffe auf die Frage nach dem: Woher und Warum? keine befriedigende Antwort zu geben, iſt all ihr Anſehen nur ein erſchlichenes, ſo ſind ſie in unſern Augen nichts als ein uns durch die Macht hiſtoriſcher Verhältniſſe auferlegtes Joch, deſſen wir uns ſobald wie möglich zu entledigen haben, ihre Autorität iſt keine andere als die einer leidigen Tatſache, der jede neue Tatſache die ihrige entgegenſetzen kann.

Der gegenwärtige Abſchnitt ſoll den Verſuch machen, die alten Rechtsbegriffe zum Sprechen zu bringen, ſie zur Antwort auf jene Frage veranlaſſen, indem er ſie künſtlich wiederum in Fluß verſetzt, ſie zurückführt auf die Urſubſtanz von Ideen, Anſchauungen, Erwägungen, Zwecken, aus denen ſie hervorgegangen ſind, indem er die Geſetze ermittelt, nach denen ſie ſich zu feſten Formen zuſammengefügt haben, kurz er ſoll ſie gewiſſermaßen ihren urſprünglichen Bildungs- und Kriſtalliſationsprozeß von neuem vor unſeren Augen beſtehen laſſen. Ob dieſe Aufgabe mehr verwegen, als lösbar, darüber will ich jedem ſeine Zweifel zugute halten, jedenfalls iſt ſie eine der anziehendſten und dankbarſten,

denen ich im ganzen Verlauf meines Werkes begegnet bin. Es hat einen Reiz für mich, dem ich nichts an die Seite zu stellen wüßte, dem menschlichen Geist nachzuschleichen auf den dunklen Pfaden seiner vorhistorischen Tätigkeit, die verfallenen und verschütteten Schachte, die er in den Schoß der Erde getrieben, aufzudecken und damit den Beweis zu liefern, daß an diesen Stellen bereits vor Jahrtausenden rege Arbeit und umsichtiges, planvolles Schaffen geherrscht hat, daß diese unterirdische Welt, dieser Unterbau des gesamten Rechts nicht das Werk einer blind waltenden Naturkraft, sondern das Verdienst und die freie Tat des denkenden Geistes ist. Je mehr die elementare Art der Arbeit und der Oberbau, der sie unserem Auge entzieht, den entgegengesetzten Schein hervorzurufen vermag, und je mehr es bisher versäumt worden ist, in diese Tiefen hinabzusteigen, um so lohnender ist es, wenn es gelingt, dem menschlichen Geist zurückzuerobern, was sein eigenes Werk ist. Davon wird uns auch der Umstand nicht abhalten dürfen, daß die römischen Juristen selber bis zu diesen Tiefen nicht hinabgestiegen sind, daß sie sich, um im Bilde zu bleiben, auf den Tagbau, d. i. auf die offen zutage liegenden praktischen Partien des Rechts beschränkt haben — ein Beispiel, das leider von uns Neueren nur zu getreulich befolgt worden ist. In der Weise der römischen Juristen lag es einmal nicht, auf dem Wege historischer oder rechtsphilosophischer Untersuchung bis zu den letzten Quellen des Rechts zurückzusteigen oder auch nur einmal den Apparat, mit dem sie arbeiteten, ihre allgemeinen Anschauungen und ihre Methode zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Selbst eine Kritik des bestehenden Rechts vom legislativ-politischen Standpunkt aus sucht man bei ihnen vergebens, Wissen und Urteil war bei ihnen in dem Maße eins und in dem Maße lebendiges Stück von ihnen selbst, daß sie gar nicht auf die Idee kamen, sich, wie es ja bei der Kritik nötig ist, mit ihrem Denken künstlich aus der Sache zurückzuziehen, sie zu isolieren und zu objektivieren und sich als unbefangener Beobachter gegenüberzustellen. Aber für alles das,

was sie verabsäumt haben, findet der, welcher richtig sucht, das Material, es nachzuholen.

Hat denn aber unsere moderne Jurisprudenz dies nicht bereits längst getan? An Zeit hat es ihr doch wahrlich nicht gefehlt! Ich muß mir gefallen lassen der Anmaßung bezichtigt zu werden, aber ich kann nicht anders als sagen: in dieser Richtung hat sie so gut wie nichts geleistet. Es hat mich bei den Untersuchungen, die ich im folgenden anstellen werde, kaum je das Gefühl verlassen, daß ich meinen Fuß auf völlig unbetretenes Land setzte, daß hier Lager verborgen liegen, von deren Reichtum wir bisher kaum eine Ahnung gehabt, und von denen es mir begreiflicherweise nur beschieden sein wird, den kleinsten Teil zu heben und auch diesen sicherlich versetzt mit vielen Schlacken. Die historische Jurisprudenz hält regelmäßig ihre Aufgabe für gelöst, wenn sie das Äußere der historischen Erscheinung ermittelt hat; wo die Quellen aufhören, glaubt auch sie aufhören zu müssen, über das Äußere gehen aber, wie bemerkt, die Quellen selten hinaus. Der Rechtsphilosophie dagegen, welche den Beruf gehabt hätte ins Innere zu dringen, ist jene Aufgabe zu konkret historisch gewesen, jedenfalls kann man dem Philosophen von Fach keinen Vorwurf daraus machen, daß er sich rücksichtlich des positiven und juristischen Materials auf den Juristen verläßt. Diese Abhängigkeit hat freilich für die Rechtsphilosophie böse Früchte getragen. Der geistige Bann, mit dem das römische Recht uns positive Juristen so leicht bestrickt, hat in seinen Wirkungen sich auch auf sie erstreckt, indem sie Begriffe, denen der Romanist einmal gewohnt ist eine absolute Wahrheit zuzuschreiben, wie z. B. dem des römischen Eigentums, unbesehen als vollgültige Münze entgegennahm.[426a]) Diesen Bann

---

426a]) So selbst bei Trendelenburg, der sich im übrigen durch Selbständigkeit des Urteils auszeichnet, s. dessen Naturrecht, Aufl. 2 S. 211: „Aus dem Begriff des Eigentums folgt unbeschränkter Anspruch an die Sache, die Eigentum ist, in welcher Hand sie sich auch finde." Das ist nichts als eins von den dem Romanisten zum Axiom gewordenen Vorurteilen; der beste Gegenbeweis besteht darin, daß unsere modernen Rechte Formen

zu brechen, das Hiſtoriſche, Römiſche, das durch Zweckmäßigkeitsrückſichten oder andere Einflüſſe Bedingte in dieſen Begriffen nachzuweiſen und damit einen Maßſtab zu gewinnen für ihren Wert, iſt eine der Hauptaufgaben der folgenden Unterſuchungen. Machen wir uns zunächſt klar, worauf der Bann beruht.

Er läßt ſich mit einem Worte bezeichnen. Es iſt das Blendwerk der juriſtiſchen Dialektik, welche dem Poſitiven den Nimbus des Logiſchen zu geben verſteht, welche, indem ſie das Vorhandene vor unſerem Urteil als vernünftig zu rechtfertigen ſucht, dabei nicht den Weg einſchlägt, daß ſie die hiſtoriſche, praktiſche oder ethiſche Berechtigung oder Notwendigkeit desſelben nachweiſt, ſondern den, daß ſie mit Hilfe von Geſichtspunkten, die erſt für dieſen Zweck erfunden ſind, die logiſche Notwendigkeit desſelben darzutun verſucht. Es hat allerdings etwas höchſt Verlockendes, ja man möchte ſagen, es iſt eine im Weſen der Jurisprudenz ſelber tief begründete Verſuchung, daß ſie den realen Mächten gegenüber, mit denen ſie ſich in die Schöpfung des Rechts zu teilen hat, die Autonomie ihres eigenen juriſtiſchen Denkens zur möglichſten Geltung zu bringen und auch das Poſitive zur idealen Höhe einer logiſchjuriſtiſchen Wahrheit zu erheben verſucht. Gerade in der Gegenwart hat dieſe Richtung einen höchſt bedenklichen Grad erreicht — bedenklich aus dem Grunde, weil dieſe Scheinbegründung, dieſe logiſche Selbſttäuſchung von den wahren Quellen, in denen allein die letzten Gründe der Rechtsſätze zu ſuchen ſind, und damit vom wahren Verſtändnis des Rechts abführt. Sollte man doch nach manchen neueren Erſcheinungen faſt glauben, als ſei das Recht im weſentlichen nichts als eine Schöpfung der juriſtiſchen Dialektik, zu deren Verſtändnis praktiſche Anſchauungen überhaupt nicht nötig ſeien, ein Tummel-

---

des Eigentums kennen, denen dieſe abſolute Verfolgbarkeit fehlt, und auch das Eigentum an der res nec mancipi war (römiſch) in älteſter Zeit nicht mit der reivindicatio verbunden, ſondern lediglich durch verſchiedene Diebſtahlsklagen geſchützt, erſt ſpäter wurde die reiv. von der res mancipi auf ſie übertragen. Darüber das Nähere in der zweiten Abteilung dieſes Abſchnitts.

platz für die Akrobaten ſcholaſtiſcher Spitzfindigkeit. Geblendet durch den Glanz des Logiſchen, der das römiſche Recht bedeckt und jedem, der ſich ihm naht, zuerſt in die Augen fällt, wird das Wahrnehmungsvermögen des Auges, wenn nicht die friſche Luft des Lebens es wieder kräftigt, nur zu leicht für alles andere abgeſtumpft; ſtatt der wirklichen Welt, in der die realen Mächte des Lebens regieren, erblickt es ausſchließlich nur noch die Fata Morgana einer Welt, in welcher der abſtrakte Gedanke das Szepter führt. Da ſchwingt ſich denn der Begriff zur Rolle des Demiurgen auf: Er hat die Welt des Rechts gemacht, er regiert ſie. An die Stelle der realen Kräfte, welche im Schoße des Rechts walten, ſetzt ſich die Dialektik des Begriffes; was jene geſchaffen und hervorgebracht, gibt ſie für ihr Werk aus, indem ſie, je nachdem es poſitiver oder negativer Art iſt, das eine als logiſch notwendig, das andere als logiſch unmöglich deduziert. Die Stellvertretung und die Übertragung bei Obligationen iſt ausgeſchloſſen, weil der Begriff der Obligation ſie nicht verſtattet,[427]) der Erblaſſer kann nicht zum Teil aus dem Teſtament, zum Teil nach Inteſtaterbrecht beerbt werden, weil die teſtamentariſche und Inteſtaterbfolge logiſch inkompatible Begriffe ſind,[428]) „aus der in dem Begriff des Erbrechts liegenden unmittelbaren Nachfolge ergibt ſich, daß nur eine Perſon erbberechtigt ſein kann, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon konzipiert war",[428a]) die Spezifikation muß Eigentum geben, ohne daß die bona oder mala fides darauf von Einfluß wäre, weil der Begriff dies verlangt, und ſelbſt der Eigentumserwerb an der insula in flumine nata und am alveus derelictus iſt durch zwingende begriffliche Gründe ins Leben gerufen.[429])

---

427) Puchta, Pandekten § 273 .. „nicht in einer Singularität des römiſchen Rechts, ſondern im Weſen der Obligationen gegründet." § 280.

428) Über den praktiſchen Grund dieſes Satzes habe ich mich ſchon oben S. 149 ausgeſprochen.

428a) Puchta § 450.

429) Über die beiden letzten Beiſpiele ſ. Puchta § 154, 165. Andere

Alle diese und ähnliche Sätze waren also bloß der Logik wegen adoptiert? Wie nun, wenn es einem neueren Gesetzgeber gefiele, gerade das Gegenteil festzusetzen? Dann würde er sich gefallen lassen müssen, daß wir ihn der „Willkür" bezichtigen und seine Begriffe als „monströse" bezeichneten.[430]) Die direkte Stellvertretung des heutigen Rechts, die Papiere auf den Inhaber, die Pfandrechte an eigener Sache (Handfesten, Hypothekenbriefe) und eine Menge anderer moderner Begriffe — sie alle also wären logische Mißbildungen? Anstatt freudig in ihnen eine Erweiterung

---

bieten sich ungesucht in Menge. So ist es z. B. nicht möglich, daß der Pfandbesteller sich für eine erst demnächst zu bestellende Hypothek die Priorität reserviert, weil „ein leerer Raum durch Privatbestimmung nicht begründet werden kann, indem dies dem Wesen des Pfandrechts entgegenstände", Dernburg, Röm. Pfandrecht II. S. 415. Ebenso undenkbar ist es nach Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869 S. 36, daß „so lange das Alleineigentum besteht, ein ideeller Teil verpfändet werde, eben weil es unter dieser Voraussetzung keine partes pro indiviso gibt". Bei Arnold, der doch im übrigen für den Einfluß des wirtschaftlichen und ethischen Elements ein offenes Auge bewährt hat, findet sich sogar die allgemeine Bemerkung (Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 321), daß die „merkwürdigen Gegensätze des römischen und deutschen Rechts sicherlich zum großen Teil diesem logischen Element ihre Entstehung verdanken." — In Puchta zählt die oben geschilderte Richtung ihren namhaftesten Repräsentanten und, wenn ich nach eigener Erfahrung urteilen darf, so hat gerade sein Beispiel auf manche einen verführerischen Einfluß ausgeübt. Wir dürfen hoffen, daß diese ungesunde Richtung — ich kann sie nicht anders bezeichnen —, dieser Götzenkultus des Logischen, ihren Höhepunkt bereits erreicht hat, wenigstens möchte es schwer sein, die in dieser Richtung begangenen Exzesse noch zu überbieten. Dieselben haben aber doch das Gute gehabt, daß sie jedem, der seine Augen noch nicht völlig verloren hat, dieselben geöffnet haben.

430) Puchta a. a. O. § 135 Note c. § 202 Note 1. Die Bestimmung des kanonischen Rechts, die Puchta an der ersten Stelle so hart tadelt („Bahn der Willkür"), weil sie zu seiner Vorstellung vom Besitz nicht paßt, setzt in Wirklichkeit für den Fall der Gewalt nichts anderes fest, als was das römische Recht mittelst der actio quod metus causa für den des Zwanges angeordnet hatte, woran weder Puchta selber, noch irgend ein anderer Anstoß genommen! So abhängig ist unser Maßstab über das „Willkürliche" vom römischen Vorurteil!

unseres Vorstellungsvermögens zu begrüßen, sollen wir, weil unsere lahme Logik über die Begriffe des römischen Rechts nicht hinaus kann, ihnen das Stigma des Unjuristischen aufprägen, eingestehen, daß wir alles, was nicht römisch ist oder sich nicht über den römischen Leisten schlagen läßt, nicht zu begreifen vermögen, gleich als enthielte das römische Recht den für alle Zeiten gültigen Kanon des juristisch Denkbaren? Das heißt die Unmündigkeitserklärung der heutigen Wissenschaft oder, was dasselbe, wissenschaftliche Bankerotterklärung!

Sprengen wir die Fesseln, in denen der Irrwahn uns gefangen hält.[431]) Jener ganze Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein. Die Römer hätten verdient in Abdera zu wohnen, wenn sie es

---

431) Ich muß es mir versagen, bei dieser Gelegenheit nachzuweisen, wie sehr derselbe unsere ganze Anschauungsweise und unsere Methode der dogmatischen Behandlung beherrscht. Wie selten operieren wir mit dem legislativen Zweck des Instituts, wie häufig mit einem abstrakten Gesichtspunkt, der demselben geradezu widerstreitet. Man denke z. B. an die Klagverjährung, wo manche mittelst des Gesichtspunktes der Nativität der Klage in einigen Fällen geradezu zu unverjährbaren Klagen gelangen oder die Verteidiger der Fortdauer einer (bedingt erzwingbaren) obl. naturalis sich kaum die Frage aufwerfen, wie diese Ansicht zu dem ausgesprochenen Zweck der Klagverjährung stimme. Ich selber will mich von diesem Vorwurf übrigens keineswegs freisprechen, bin mir vielmehr sehr wohl bewußt, daß ich in früherer Zeit, als ich noch mehr unter dem Einfluß Puchtas stand, in dieser Richtung ebensoviel gesündigt habe, wie irgend ein anderer. [Zusatz zur vierten Auflage.] Dem Angriff, den ich in der obigen Ausführung vor zwanzig Jahren gegen die ungesunde logische Richtung in unserer Wissenschaft unternommen habe, habe ich inzwischen in „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz" 3. Aufl. 1884 einen anderen folgen lassen, bei dem ich von den Waffen des Spottes und der Satire einen ausgiebigen Gebrauch gemacht habe.

je anders gehalten und die Intereſſen des Lebens der Schulkria-lektik zum Opfer gebracht hätten.

Aber, wird man mir einwenden, die römiſchen Juriſten ſelber operieren doch nicht ſelten mit dem Geſichtspunkt der logiſchen Notwendigkeit und Unmöglichkeit. Gewiß! Allein welche Bewandtnis hatte es damit? Für den Schulgebrauch iſt es ganz bequem, ſtatt der ausführlichen Darlegung der Verhältniſſe oder der praktiſchen Gründe, denen ein Rechtsſatz wirklich ſeinen Urſprung verdankt, einen Geſichtspunkt auszudenken, dem er ſich als logiſche Konſequenz unterordnet, er gewinnt damit einen gewiſſen Nimbus und prägt ſich leichter dem Gedächtnis ein, und in dieſem Sinn wollen wir uns derartige Deduktionen der römiſchen Juriſten gern gefallen laſſen. Nur verlange man nicht, daß wir in den Geſichtspunkten, die ſie zu dem Zweck hie und da aufſtellen, den wirklichen Grund der Rechtsſätze und Begriffe erblicken.[431a]) Es ſind Rechenpfennige, Zahlmarken — ganz geeignet für den Zweck, dem ſie dienen ſollen, aber nicht wirkliches Geld. Immerhin möge alſo Pomponius den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest aus der natürlichen Unvereinbarkeit der beiden Begriffe der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge erklären,[432]) nur ſoll uns niemand glauben machen, daß ein Geſichtspunkt, der erſt jenem Satz zuliebe erfunden iſt,

---

431a) Dieſelben ſtreifen mitunter geradezu ans Wunderliche, ſo z. B. der „motus naturalis arboris“ in L. 7 de S. P. U. (8. 2), die Begründung des Erforderniſſes der gleichzeitigen Exiſtenz des Erblaſſers und Inteſtaterben aus dem Begriff der Verwandtſchaft in § 8 I. de her. ab int. (3. 1). Selbſt ein Paulus ſcheute ſich nicht, in L. 14 pr. de Serv. (8. 1) die Ausſchließung der Uſukapion bei den Servituten damit zu erklären, daß „nemo tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur“ — ein Grund, der die Uſukapion bei abweſenden Grundſtücken ebenfalls ausſchließen würde, denn auch auf ihnen iſt ja der Beſitzer nicht unausgeſetzt anweſend!

432) L. 7 de R. J, (50. 17) . . earumque rerum naturaliter inter se pugna est. Beim Soldatenteſtament ſetzte man ſich bekanntlich über dieſe naturalis pugna hinweg — dem Soldaten iſt ja die pugna nichts Fremdes!

und auf den kein Mensch verfallen sein würde, der den Satz selber nicht gekannt hätte, den historischen Grund desselben enthalte. Sich bei einem solchen Gesichtspunkt beruhigen, und gar alle Kunst der Dialektik und den frommen Wahnsinn der Mystik in Bewegung setzen, um ihn zu rechtfertigen, gleich als hätten die ungesunden Spekulationen eines modernen Theoretikers im Kopfe eines alten Römers Platz finden können, heißt seinen Verstand und Glauben für ein Billiges dahingeben. So mag immerhin ein anderer römischer Jurist die Spezifikation durch den Gesichtspunkt der Herrenlosigkeit der Sache motivieren.[433]) Wer sich damit abfinden läßt, der verschließt sich die Einsicht in das wahre Wesen der Spezifikation. Nicht weil die neugebildete Sache in dieser ihrer jetzigen Gestalt noch nicht da war und keinen Herrn hat, fällt sie dem Spezifikanten zu — dann müßte auch die bloße Zerstörung der Sache Eigentum geben, und der Kokon müßte herrenlos werden, weil er etwas anderes ist als die Seidenraupe —, sondern weil sie aus zwei Elementen gebildet ist, von denen jedes einen Anspruch auf Schutz verdient, Stoff und Arbeit. Eine wirtschaftlich unentwickelte Zeit mag den Ausschlag für den Stoff geben — ihr wird die Theorie der Sabinianer (Gaj. II 79) als die natürliche, richtige erscheinen, eine Zeit, in der Gewerbe, Handel und Industrie blühen, kann dies nicht, ohne die Interessen des Verkehrs preiszugeben —, der Fabrikant, Handwerker, Kaufmann wird sich für die Theorie der Prokulejaner entscheiden. In demselben Maße, in dem die Arbeit selber sich entwickelt, entwickelt sich auch das Verständnis für das Recht der Arbeit.

So möge ferner die juristische Logik uns immerhin deduzieren, die Früchte, die der gutgläubige Besitzer auf fremdem Grund und Boden baut, müßten eigentlich dem Eigentümer gehören. Der altrömische Bauer wußte den Wert und das Recht der Arbeit besser zu würdigen, er sprach das Eigentum demjenigen zu, der die Mühe davon gehabt hatte.

---

433) L. 7 § 7 de acq. dom. (41. 1).

Wenn nun in diesem und so manchen anderen Verhältnissen die Logik verlassen ist, welche Bewandtnis wird es mit denjenigen haben, in denen sie befolgt ist? Ich denke, in beiden Fällen ganz dieselbe, nämlich das praktische Bedürfnis oder das Rechtsgefühl hat den Ausschlag gegeben, und die Logik hat sich ihren Aussprüchen gefügt.[433a]) So bei den Römern, so bei uns. Wäre das Bedürfnis nach Stellvertretung im alten Rom bereits dringend genug gewesen, um die Bedenken zu überwinden, die ihr in praktischer Beziehung entgegenstehen,[434]) so würden dieselben Personen, die heutzutage die logische Unmöglichkeit der direkten Stellvertretung deduzieren, das gerade Gegenteil, die logische Notwendigkeit derselben beweisen, und mit der angeblichen logischen Undenkbarkeit der Übertragung von Forderungen würde es sich, wenn das römische Recht sich von Anfang an für die Übertragbarkeit der Forderungen entschieden hätte, nicht anders verhalten. Kurz, diese juristische dialektische Methode ist um kein Haar besser als die von Hegel; an die Stelle der realen Motive, welche die Welt regieren: die ethischen, psychologischen, wirtschaftlichen, legislativpolitischen setzt sie die juristischen Kategorien der Person, Sache, Handlung usw.; ihre vermeintliche logische Notwendigkeit ist ganz wie bei Hegel der getreue Schatten der Wirklichkeit; weil es ihr ein Leichtes ist, ihn vorausfallen zu lassen, will sie uns glauben machen, er sei es, der vorangehe, und dem die Wirklichkeit folgen müsse!

433a) Man vergleiche beispielshalber folgende Fälle: L. 8 de nox. act. (9. 4), wo der Jurist sich das Bedenken wegen der Unmöglichkeit der Klage damit zurückweist: quod si non potest, evidenti injuria afficietur — Möglichkeit des Vorbehalts des Pfandrechts bei der Novation — L. 1 § 1 si is qui test. (47. 4) u. a. m.

434) Aus diesen Gründen ist sie z. B. auch vom türkischen Recht ausgeschlossen worden, Nic. von Tornauw, Das moslemitische Recht, S. 95. — Die rein logische Betrachtung der Stellvertretung wird noch eifrig verfochten von Thöl, Handelsrecht § 25, der im Text dagegen eingelegte Widerspruch hat Nachfolge gefunden bei Endemann, Handelsrecht S. 129, Laband in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr. X. S. 184 fl., Unger, Verträge zugunsten Dritter, S. 12.

In diesem Sinne habe ich die folgenden Untersuchungen angestellt. Ich bin davon ausgegangen, daß die letzten Quellen der römischen Rechtsbegriffe in psychologischen und praktischen, ethischen und historischen Gründen gesucht werden müssen, daß aber die juristische Intuition, die Überzeugung von dem unmittelbaren logischen Dasein eines Begriffs keinem einzigen derselben das Leben gegeben habe, ja daß die juristische Dialektik selbst in der Richtung, wo sie scheinbar völliger Selbständigkeit genoß, nämlich wo sie die Konsequenzen der gegebenen Begriffe und Prinzipien aufzudecken hatte, sich wesentlich durch die praktische Angemessenheit des Resultats hat leiten lassen. Gar manches von demjenigen, was die römischen Juristen uns vortragen, erscheint im Gewande einer bloßen Konsequenz, was doch in Wirklichkeit eine selbständige Lebensberechtigung in sich trug, und was, wenn die Jurisprudenz es nicht auf dem Wege der Schlußfolgerung hätte gewinnen können, auf unmittelbare Weise hätte beschafft werden müssen.

Der gegenwärtige Abschnitt zerfällt in zwei Abteilungen, von denen die erste die allgemeine Theorie der Rechte zum Gegenstande hat. Sie soll die Frage beantworten: auf welchen Momenten beruhte der Begriff des Rechts nach römischer Auffassung, wie dachte sich der Römer die Beziehung des Rechts zum Subjekt, worauf basierte er das Dasein des Rechts, wonach bemaß er die absolute oder relative Richtung desselben usw.

Bei dieser ganzen Untersuchung, die ich als eine Materialkritik der römischen Rechtstheorie bezeichnen kann, werde ich mich keineswegs auf das ältere Recht beschränken, denn das meiste von demjenigen, was wir hier finden werden, hat auch für das neuere seine Geltung beibehalten; soweit dies nicht der Fall, werde ich im dritten System darauf zurückkommen. Dagegen habe ich es nicht für nötig gehalten, den Stoff zu erschöpfen, es genügte ein Maß der Ausführlichkeit, welches ausreicht, den allgemeinen Gesichtspunkten die erforderliche Deutlichkeit und Anschaulichkeit zu geben; die Anwendung auf übergangene Verhältnisse kann jeder selber machen.

Die zweite Abteilung behandelt die einzelnen Rechte, aber nicht in ihrer ganzen Geſtalt — das überlaſſe ich der Rechtsgeſchichte —, ſondern nur inſoweit, als ich glaube die herrſchenden Anſichten berichtigen oder erweitern zu können, wozu mir insbeſondere in bezug auf die urſprüngliche Geſtalt des Eigentums- und Obligationenrechts Gelegenheit geboten zu ſein ſchien. Daran wird ſich eine früher ausgeſetzte Unterſuchung über die angebliche Formloſigkeit der Eingehung der Ehe reihen. Dieſer Teil bildet daher kein in ſich abgeſchloſſenes Ganze, ſondern ein Aggregat von einzelnen rechtshiſtoriſchen Unterſuchungen, deren Ergebnis mir aber für den Geſamtzweck meines Werks unentbehrlich iſt.

Allgemeine Theorie der Rechte.

I. Begriff des Rechts.

1. Das substantielle Moment des Rechts.

Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts. — Das substantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Wert, Interesse. — Die praktische Verwirklichung des Rechts: Der Genuß. — Die verschiedenen Formen des Genusses. Die Dispositionsbefugnis ein Wahlrecht in bezug auf die Genußformen.

Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat. Ulpianus lib. I. Inst.
(L. 1 § 2 de Just. et Jure.)

LX. Was ist das Recht? Man kann auf diese Frage eine ganz verschiedene Antwort erteilen je nach dem Interesse und dem Standpunkt, für das und von dem aus man sie aufwirft. Dem positiven Juristen mag es genügen, wenn man ihm darauf die in den früheren Darstellungen des römischen Rechts übliche Antwort erteilt: Recht ist die durch das Gesetz gewährte Möglichkeit des Zwangs (Thibaut) oder wie man denselben Gedanken sonst mit anderen Ausdrücken wiedergab.[435]) Mit einer solchen Antwort, die

435) „Die Befugnis selber etwas tun zu dürfen oder von einem andern zu verlangen, daß er zu unserm Vorteil etwas tue oder unterlasse" (Mackeldei, Seuffert). Am kürzesten: „Befugnis zu (äußern) Handlungen (oder Unterlassungen) (Mühlenbruch), am schleppendsten: „Die auf eine gültige (!) Norm gegründete Befugnis zu einer bestimmten (!) Äußerung (!) der freien (!) Wirksamkeit in der Außenwelt (!) (Wening-Ingenheim). Bei solchen Definitionen wechselt man einen Silbertaler gegen einen Papiertaler ein, man ist ebenso weit wie vorher. Was ist Recht? „Befugnis zu handeln usw." da bekommt man den Papiertaler statt des Silbertalers. Was ist

im Grunde nur eine Beſchreibung, eine Angabe der äußern Erſcheinung des Rechts enthält, können wir uns aber für unſere Zwecke nicht begnügen. Die Antwort, die uns not tut, muß das Innere des Rechts, ſein Weſen treffen, wenn ſie uns ſonſt als Ausgangs- und Anhaltspunkt für die folgenden Unterſuchungen dienen ſoll.

Eine derartige Antwort müßte uns die Rechtsphiloſophie geben. Während Kant und ſeine Schule über die äußere Erſcheinungsform des Rechts, den Zwang nicht hinausgekommen ſind,[436]) hat Hegel — und ſein Einfluß iſt für die neuere poſitive Jurisprudenz bewußt oder unbewußt ein maßgebender geworden — die Subſtanz des Rechts ſowohl im objektiven als ſubjektiven Sinn in den Willen geſetzt. Darin lag für dasſelbe nach beiden Seiten ein ganz unleugbarer Fortſchritt, aber in der Einſeitigkeit ſeiner Verfolgung hat das Willensmoment dennoch vom rechten Wege abgelenkt und ebenſo, wie Kants Prinzip des Zwanges, mit einem reinen Formalismus des Rechtsbegriffs geendet. Die Bezeichnung des Rechts im objektiven Sinn als des „allgemeinen Willens“ gibt in formaler Beziehung das Weſen desſelben in einer Weiſe wieder, wie ſie nicht kürzer und treffender gedacht werden kann. Denn das Weſen des Rechts, was immerhin auch ſeine Aufgabe, ſein Ziel, ſein Inhalt ſein möge, beſteht in der Verwirklichung, die Vorausſetzung dazu aber iſt die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille. Erſt durch ihn werden die Rechtsgedanken — die des Geſetzgebers im Geſetz, die des Volks im Gewohnheitsrecht — zu wirklichem, wahrhaftigem Recht erhoben, d. h. zu einer Macht, die das Leben geſtaltet und beherrſcht; ohne dieſe Betätigung ihrer praktiſchen Kraft durch unausgeſetzte konſtante Verwirklichung wären ſie Ge-

Befugnis? „Recht zu handeln“ — da erhält man den Silbertaler wieder zurück — es ſind Diſinitionen, bei denen man bloß die Ausdrücke, nicht die Begriffe in andere umſetzt.

436) Einleitung zu den Metaphyſ. Anfangsgründen der Rechtslehre: „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten alſo einerlei.“

danken, Ideen, Anſichten, wie alle anderen, aber keine Rechtsſätze, d. h. Normen, deren wahres Weſen nicht in ihrer bloßen Aufſtellung, ſondern in ihrer Befolgung beſteht.

Für die rein dogmatiſche Darſtellung des Rechts reicht dieſe Auffaſſung, welche die für ſie allein wichtigen Momente des Rechts, den Charakter der Poſitivität und Realität richtig wiedergibt, vollkommen aus, darüber hinaus aber nicht. Denn es fehlt ihr an einem Prinzip für den Inhalt des Willens. Wenn ſie den Willen ſelber zu ſeinem eigenen Prinzip erheben will, um den realen Inhalt des Rechts zu gewinnen, ſo iſt dies eitel Blendwerk — wenn hinter dem Willen nichts anderes ſteht, das ihm Maß und Ziel ſetzt, ſo iſt er phyſiologiſch nichts als eine Naturkraft, ethiſch nichts als die reine Willkür, zur ethiſchen Größe wird der Wille nur durch die ethiſchen Zwecke, denen er dient.

Für unſere Zwecke hat nur die Verwendung des Willensbegriffs zur Erklärung des Rechts im ſubjektiven Sinn ein Intereſſe. Wenn letzteres nun zunächſt an den „allgemeinen Willen" in der Weiſe angeknüpft wird, daß der individuelle Wille nur ſo weit wollen könne, als er durch den allgemeinen gedeckt iſt, ſo iſt dies vollkommen richtig. Nur ſoweit dieſes Kongruenzverhältnis reicht, kommt die Macht, mit der letzterer ausgerüſtet iſt, auch jenem zugute, nur ſoweit ſchlägt das objektive Recht zum ſubjektiven Recht nieder, darüber hinaus offenbart ſich die Ohnmacht des individuellen Willens, indem die Macht des allgemeinen Willens ihn zu Boden wirft. In dieſem Sinn kann man alſo das Recht als „konkrete Einheit des Staats- und Einzelwillens" (Kierulff) bezeichnen, als ein in der Privatperſon konkret und lebendig gewordenes Stück des allgemeinen Willens. Ganz anders aber, wenn man, wie dies nach dem Vorgang Hegels mehr und mehr auch die poſitive Jurisprudenz zu tun angefangen hat, in ähnlicher Weiſe wie die Subſtanz des objektiven Rechts in den allgemeinen, ſo die des ſubjektiven in den ſubjektiven Willen ſetzt. Dies iſt nicht bloß einſeitig, ſondern falſch.[437])

437) Von der Bedeutung, die der Wille für die Begründung des

Das Irrige dieser Ansicht besteht darin, daß sie den Begriff des subjektiven Rechts in dem des Willens aufgehen läßt. Endzweck desselben ist für sie das Wollen, und das Recht würde ihr zufolge zu definieren sein als ein abgegrenztes Stück Willenssubstanz. Nach der Hegelschen Terminologie, die sich hier ausnahmsweise zu einer sinnlichen Anschauungsweise versteigt, haben wir uns das Verhältnis des Willens zum Recht so zu denken, daß er „sich selber in die Sache hineinlegt", er erfüllt sie mit der Willenssubstanz.[438])

Dieser Auffassung zufolge ist das ganze Privatrecht nichts als eine Arena für den Willen, sich darauf zu tummeln, zu versuchen, zu betätigen und sich über seine eigenen Evolutionen zu erfreuen. Nur der Stumpfsinnige kann den Wert des Rechts in das Gut setzen, das es ihm gewährt, und den Genuß desselben in die Verwendung desselben für seine Zwecke; wer das Wesen des Rechts begriffen hat, schätzt es um seiner selbst willen, ihm genügt das Gefühl wollen zu dürfen und bei Ausübung seines Rechts die Genugtuung zu empfinden, einen Willensakt vollzogen, z. B. eine

---

subjektiven Rechts hat, wird an anderer Stelle die Rede sein, hier handelt es sich lediglich darum, ob der Wille das Prinzip desselben in sich schließt.

438) Über Hegel s. die folgende Note. Über die gangbaren Definitionen s. die Lehrbücher der Pandekten von Arndts („Herrschaft des Willens in Ansehung eines Gegenstandes"), Sintenis („der zum Gesamtwillen erhobene Wille einer Person"), Windscheid („ein gewisser Willensinhalt, von dem die Rechtsordnung in einem konkreten Fall ausspricht, daß er allem andern Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe"). Am konsequentesten hat Puchta diese Auffassung verfolgt, s. z. B. dessen Pandekten § 22: „Als Subjekte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen ... Persönlichkeit ist also die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht." § 118: „Das Recht der selbständigen Persönlichkeit .. fehlt dem Filius familias. Dazu die Note b: „Das Prinzip des alten Rechts war Unfähigkeit, Vermögensrechte zu haben, das Prinzip des neuern ist Unfähigkeit über das Vermögen irgendwie zu disponieren. Beides bringt in bezug auf die Persönlichkeit nahezu dieselben praktischen Resultate hervor." Auch beim Unmündigen, Wahnsinnigen? — !

Hypothek beſtellt, eine Klage zediert und dadurch ſich als Rechtsperſönlichkeit dokumentiert zu haben.[439])

In Wirklichkeit iſt aber das Verhältnis des Willens zum Recht ein gänzlich anderes. Ich will es einmal paradox ſo ausdrücken: das Recht iſt nicht des Willens, ſondern der Wille des Rechts wegen da. Der Sinn, in dem ich dies meine, möge durch den Vergleich des Willens mit dem Steuermann, der das Schiff zu lenken hat, veranſchaulicht werden. Der Steuermann hat die Macht über das Schiff, er kann es lenken, wohin er will, es durch richtige Wahl ſeines Kurſes in den Hafen bringen oder auf die Klippen leiten. Ganz ſo der Wille beim Recht. Er hat, ſoweit nicht das Geſetz ihm ausnahmsweiſe Schranken ſetzt, die freie Verfügung über dasſelbe; der Sinn deſſen iſt, daß der Berechtigte, der ſelber am beſten wiſſen muß, was ihm frommt, es ganz ſeinen Bedürfniſſen, Zwecken, Neigungen entſprechend verwende. Die rechtliche Ermöglichung und Sicherung dieſer freien, gänzlich der individuellen Zweckſetzung ſich anpaſſenden Zweckverwendung iſt der Sinn der privatrechtlichen Autonomie. Dem Willen iſt in bezug auf die Verwendung der ihm zuſtehenden Rechte dieſelbe Macht eingeräumt, wie dem Steuermann über das Schiff. Aber ſowenig dem letzteren dieſe Macht ſeiner ſelbſt wegen gegeben iſt, damit er ſich an ihr erfreue, den Genuß des Steuerns empfinde, ſondern damit er das Schiff in den Hafen lenke, ebenſo beim Willen. Gewiß kann auch das bloße Wollen als ſolches dem Willen eine Befriedigung gewähren, gänzlich unabhängig von dem Zweck, der

439) Hegel, Rechtsphil. (Aufl. 2. S. 111) deduziert das Intereſſe des Vertrages dadurch, „daß es das Intereſſe der Vernunft ſei, daß der ſubjektive Wille allgemein werde und ſich zu dieſer Verwirklichung erhebe.“ Daß das „Bedürfnis, das Wohlwollen, der Nutzen uſw. es ſei, was die Menſchen zu Verträgen führe“, weiſt er damit zurück, daß dies nur für „ihr Bewußtſein“ gelte, d. i. ein bloßes ſubjektives Motiv ſei, in Wirklichkeit ſei es „die Vernunft an ſich, nämlich die Idee des reellen, d. i. nur im Willen vorhandenen Daſeins der freien Perſönlichkeit“. Das „Wohl iſt dem Rechte als ſolchem ein Äußerliches“ (S. 287), „die Beförderung des Wohls iſt Sache der Polizei“ (S. 288).

dadurch erreicht worden ist, Probestücke der Kraft und Energie, die den Willen über sich selbst aufklären, aber dieselben spielen nicht auf dem Gebiete des Rechts. Will der Wille an sich selber Freude haben, an dem, was er kann, oder an dem, was er beschafft, so muß er sich dafür ein anderes Terrain aussuchen, als das Recht. Letzteres beschränkt sich darauf, ihm innerhalb gewisser Grenzen die gesicherte Möglichkeit des Handelns zu gewähren, aber das rein Rechtliche an diesen Handlungen ist ohne allen und jeden Reiz, sie entlehnen ihre Motive und damit die Befriedigung, welche sie gewähren, anderen Sphären, als der des Rechts. Welch ein armseliges Ding wäre es um den Willen, wenn die nüchternen Regionen des Rechts das eigentliche Gebiet seiner Tätigkeit bezeichneten! Das wahre Reich des Willens, die Sphäre der schöpferisch gestaltenden Macht der Persönlichkeit fängt erst da an, wo jene aufhören; das Recht bietet nicht den Stoff, sondern die Voraussetzung des Wollens, und was von dem Recht gilt, gilt auch von den Rechten.

Ich lasse die Willenstheorie ihre Probe am positiven Recht bestehen. Wenn der Zweck des Rechts im subjektiven Sinn in der Willensmacht besteht, so können willenlose Personen keine Rechte haben, denn in ihrer Person ist der Zweck nicht erreichbar, unter dieser Voraussetzung fallen Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit zusammen. Wie verträgt es sich damit, daß alle Rechte der Welt (mir ist wenigstens kein Beispiel des Gegenteils bekannt) in den Kindern und Wahnsinnigen nicht bloß das rein Menschliche der Persönlichkeit, Leib und Leben anerkennen und schützen, sondern ihnen auch mit geringen Modifikationen dieselbe Vermögensfähigkeit zugestehen, wie den willensfähigen Personen? Es ist eine leidige Ausflucht, die nicht Stich hält, wenn man sagt: das Gesetz respektiere in ihnen die Möglichkeit künftiger Willensfähigkeit, es schütze auch den Keim des Willens. Ganz abgesehen von den Fällen, wo diese Annahme auf eine reine Fiktion hinauslaufen würde, wie z. B. bei einem Kretin, einem unheilbar Wahnsinnigen, so würde jene Rücksicht auf den künftigen Eintritt der

Willensfähigkeit zwar allenfalls den Schutz der nackten Perſönlichkeit, nicht aber die Zulaſſung des Erwerbs konkreter Vermögensrechte, z. B. einer Erbſchaft zu rechtfertigen vermögen, in der letzteren Beziehung dürfte vielmehr als äußerſte Konzeſſion nur die Vertagung des Erwerbs bis zur erlangten Fähigkeit eintreten können. Die einzige konſequente Abweiſung jenes Einwandes beſteht in der Antwort: die Anerkennung von Rechten in den Händen willensunfähiger Perſonen ſei lediglich Sache poſitiver Satzung, und in der Tat hat es einem neuern Rechtsphiloſophen nicht an dem Mut gefehlt, dieſelbe zu erteilen und damit zu konſtatieren, daß die Philoſophie auf dem Wege der Willenstheorie nicht dazu gelangen kann, die reale Welt zu begreifen.[440])

Und doch, ſollte man meinen, wäre dies ſo unendlich leicht. Nicht eines Künftigen, ſondern eines Gegenwärtigen wegen haben jene Perſonen ihr Recht, nicht wegen willkürlicher Laune des Geſetzgebers, ſondern in Anerkennung des Anſpruchs, den jedes menſchliche Weſen auf ſeiner Stirn trägt.[441]) Das Bedürfnis,

---

440) Ad. Helfferich, Die Kategorien des Rechts Berlin 1863 S. 8: „Da, wo der Wille als ſolcher ruht, exiſtiert kein wirkliches Recht .. und wenn das Geſetz den Rechtswillen ſchon beim Kinde uſw. ſchützt, ſo geſchieht es nicht, weil ſie ein Recht darauf haben, ſondern weil das Geſetz die Perſonenkapazität beliebig (sic!) beſtimmen und abändern kann.“ Dahin alſo führt es, wenn man Recht und „Rechtswillen“ identifiziert! Kinder, Wahnſinnige wären demnach eigentlich rechtlos, und wenn man ſie nicht ungeſtraft töten kann, was doch, wenn ſie überhaupt kein Recht, folglich auch nicht auf ihr Leben haben, erlaubt ſein müßte, ſo beruht das bloß auf der Willkür des Geſetzgebers, der „beliebig die Perſonenkapazität beſtimmt und abändert“! Nicht beſſer Laſſalle, nach deſſen in ſeinem Syſtem der erworbenen Rechte B. 2, Leipzig 1861 entwickelter Auffaſſung das ganze Erbrecht nichts als eine Übertragung des Willens des Teſtators auf den Erben enthält — höchſt einleuchtend bei der Beerbung eines Wahnſinnigen durch ein Kind! Es iſt ein wertvoller Dienſt, den eine ſolche unerſchrockene wiſſenſchaftliche Konſequenz der Wiſſenſchaft leiſtet: indem ſie im Sumpf endet, klärt ſie alle Urteilsfähigen über die wahre Beſchaffenheit des Weges auf.

441) Es iſt ein großes Verdienſt der Krauſeſchen Philoſophie und Schule (Ahrens, Röder), dieſe Seite des Rechtsbegriffs, die ich im folgenden als das ſubſtantielle Moment desſelben bezeichnen und weiter aus-

das mit der tierischen Natur des Menschen unabweisbar gesetzt ist, und dessen Befriedigung in der gesicherten Form des Rechts einer der ersten Zwecke aller subjektiven Rechte ist, dies Bedürfnis ist bei jenen Personen in nicht minderem Grade vorhanden, als bei allen andern, und je weniger ihnen selber die Fähigkeit innewohnt, für die Befriedigung desselben Sorge zu tragen, um so mehr ist dies Aufgabe des Staats. Jene abstrakten Rechtssubjekte, deren Dasein erst mit dem Eintritt des Willensvermögens beginnt, sind freilich so glücklich disponiert, daß sie das Organ, durch das der natürliche Mensch sich zuerst mit den Dingen der Außenwelt in Rapport setzt, den Magen, überall nicht besitzen, aber sie leben eben auch nicht.

Denn wenn er keinen Magen hat,
Wie soll der Edle leben?

Daß die Bedürfnisse und Interessen dieser Personen nicht auf das rein Tierische beschränkt sind, daß das Vermögen vielmehr auch bei ihnen einer Verwendung für höhere Zwecke teilhaftig werden kann,[441a]) z. B. für ihre eigene Erziehung, Unterstützung ihrer

führen werde, richtig erkannt zu haben, wogegen sie freilich die formale Seite desselben (§ 61) viel zuwenig betont. Übrigens liegt jene Seite zu nahe, als daß sie sich der unbefangenen Betrachtung je hätte entziehen können, und schon Leibniz (ich bin gezwungen, dies Ahrens nachzusprechen) hat sie hervorgehoben. Stahl in seiner Rechtsphilosophie hat sich zwar von dem obigen Willensformalismus frei gehalten, allein zur positiven Erfassung des Richtigen ist auch er nicht gelangt. Nur rücksichtlich des Vermögensrechts hebt er S. 282 die Befriedigung des Bedürfnisses als bildenden Trieb desselben hervor, ohne aber die darin gelegenen Konsequenzen weder an dieser, noch späterer Stelle weiter zu verfolgen. Was er S. 283 über das römische Recht sagt, zeugt nicht von einer Beherrschung der hier einschlagenden Begriffe.

441a) Freilich nur unvollkommen. Empfinden kann weder der Wahnsinnige noch das Kind, und soweit die ideale Bestimmung und Funktion des Vermögens auf dem psychologischen Moment der Empfindung, dem Selbstwollen beruht, fällt dieselbe bei ihnen hinweg. Die Freude des Wohltuns, der uneigennützigen Dahingabe des Vermögens für fremde Zwecke (Note 457), der Genuß der Verfolgung und Erreichung selbstgesetzter Zwecke durch Mittel des Vermögens, und beschränkten sich diese Zwecke auch bloß auf den Erwerb oder das Vergnügen — ist bei ihnen nicht möglich. Daraus

nächſten Verwandten, wird keiner Bemerkung bedürfen. Nicht im Wege ſteht, daß die Verwendung desſelben nicht durch ſie erfolgt; genug ſie erfolgt für ſie. Dieſer letztere Umſtand aber iſt

---

ergibt ſich von ſelbſt die beſchränkte Stellung ihrer Vormünder, dieſelben dürfen nicht ſchenken, gewagte Geſchäfte vornehmen, ja nicht einmal frei kaufen und verkaufen, ihre Aufgabe geht lediglich auf „custodia“, d. h. das Vermögen möglichſt in ſeinem gegenwärtigen Zuſtande zu erhalten, man könnte das Rechtliche der ganzen Situation kurz bezeichnen mit dem Worte: das Vermögen im Zuſtande der Erſtarrung. Die Seele fehlt ihm, d. h. die Perſon. Es iſt zwar ein Eigentümer da, aber nicht der rechte, d. i. ein ſolcher, in deſſen Perſon es ſeine ganze Beſtimmung, alle ſeine Kräfte entfalten könnte, der es zu lenken und zu leiten verſtände nach frei geſetzten Zwecken und Zielen — an Stelle des Steuermanns, um den obigen Vergleich beizubehalten, tritt hier der Lotſe, der Vormund. Es iſt ein kümmerlicher Zuſtand: ein Roß in den Händen eines Reiters, der es nicht zu reiten verſteht, und der darum auch keine Freude an ihm hat, und den der Vormund feſt im Sattel halten muß. So erklärt es ſich, daß das altrömiſche Recht alle Kinder und Wahnſinnige mit alleiniger Ausnahme der sui heredes, bei denen der Erbſchaftserwerb ipso jure eintrat, vom Erwerb von Erbſchaften ausſchloß. Denn ſie ſind nicht die richtigen Erben, nicht diejenigen, welche über die Nachlaßgegenſtände im eigenen Intereſſe und in dem des Gemeinweſens ſo verfügen können, wie es ſich gehört. Wenn die römiſche Jurisprudenz dieſe ihre Ausſchließung vom Erbſchaftserwerb dadurch motiviert, daß dieſer Akt nicht durch Stellvertreter erfolgen könne, ſo war das nur ein rein formeller Grund (ähnlich wie man die Unſtatthaftigkeit der Arrogation der Kinder und Frauenzimmer aus ihrer Unfähigkeit in den Komitien zu erſcheinen erklärte, während der wirkliche Grund darin beſtand, daß ſie nicht zeugungsfähig waren, die Familie nicht fortpflanzen konnten, worauf es bei der Arrogation abgeſehen war). Der wahre Grund war der pſychologiſche, ethiſche, wirtſchaftliche: in dieſen Perſonen erreicht das Vermögen ſeine Beſtimmung nicht. Das einzige, was das Recht ihnen bei einer deferierten Erbſchaft konzedierte, war, daß es ſich dazu verſtand, zu warten, ob nicht die Fähigkeit ſich ſpäter noch einſtellte: bei dem Kinde bis zum zurückgelegten ſiebenten Jahre, von wo an die Römer das Verſtändnis datieren (ſelbſt für die Verlobung, l. 14 de spons. 23. 1), beim Wahnſinnigen bis zum Tode. Mit jener Vorſtellung hing wie die Bon. Poss. decretalis, die wir kurz als Zuſtand des Wartens auf den rechten Eigentümer bezeichnen können, ſo auch die substitutio pupillaris und quasi-pupillaris zuſammen — die beiden letzteren ſollen den definitiven Anfall an einen Erben, der nicht die nötige Fähigkeit erlangt [illegible] wiederum unſchädlich machen.

der entscheidende. Nach der obigen Ansicht, welche alles Gewicht auf das „Durch" legt und die Bedeutung des „Für" übersieht, würde bei jenen Personen der Vormund der Berechtigte sein, denn er nimmt die Dispositionen über das Vermögen vor, ihm allein kommt der ideale Genuß zugute, in den diese Ansicht den Zweck der Rechte setzt, der Hochgenuß, einen Willensakt vorzunehmen. Er sei ihm gern vergönnt, ebenso wie dem Steuermann, der das Schiff für den Reeder in den Hafen bringt, wenn nur der reale Nutzen dem Mündel zuteil wird! Berechtigt ist nicht, wer das Wollen, sondern den Genuß beanspruchen kann. Ersteres läßt sich zur Not auf einen andern übertragen, ohne daß dies der realen Zweckerreichung des Rechts den mindesten Abbruch täte, letzteres nicht, ohne daß das Recht selber dadurch betroffen wird. Subjekt des Rechts ist derjenige, dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugedacht ist (der Destinatär); der Schutz des Rechts hat keinen andern Zweck, als die Zuwendung dieses Nutzens an ihn zu sichern. Welche Rolle der Wille dabei spielt, werden wir unten sehen.

Handelte es sich bei der obigen Ansicht lediglich um einen Mißgriff in der philosophischen Formulierung des Rechtsbegriffes, so würde ich denselben, nachdem ich ihn, wie ich glaube, als solchen erwiesen habe, hier nicht weiter verfolgen. Aber in Wirklichkeit handelt es sich dabei um einen Irrtum, der die richtige praktische Erkenntnis des Rechts in bedenklichster Weise erschwert und trübt. Es ist hier nicht der Ort, dies ausführlicher zu begründen — es würde zu dem Zweck eine historische, weit in die Geschichte der Jurisprudenz und der Rechtsphilosophie zurückgreifende Abhandlung über das durch die Idee des abstrakten Willens im Recht angestiftete Unheil nötig sein, ich glaube, daß das folgende Beispiel, an dem ich sie die Probe bestehen lassen will, vollkommen ausreichen wird, das gefällte Urteil zu bestätigen.[442])

442) Ein anderes Beispiel liefert die juristische Person. Die unnatürliche Auffassung derselben, welche das Recht der einzelnen Mitglieder (der

Liegt der Endzweck des Rechts im Wollen, ſo müſſen alle Vereinbarungen, welche nichts Unſittliches oder Unerlaubtes enthalten, rechtlich verbindende Kraft haben, und in der Tat iſt ja das Dogma von der abſtrakt verpflichtenden Kraft der Verträge von Juriſten und Rechtsphiloſophen oft genug aufgeſtellt. Ein Vertrag alſo, der dem einen Teil eine Beſchränkung auferlegt, ohne dem anderen den geringſten Nutzen zu gewähren, z. B. der, daß jemand ſein Grundſtück nicht veräußern, einen gewiſſen Beruf nicht ergreifen dürfe, würde demgemäß vollkommen gültig ſein. Daran würde ſelbſt der Umſtand, daß der Promiſſar nicht das leiſeſte Intereſſe an der Innehaltung des Vertrages anzugeben vermöchte, nicht das Geringſte ändern. Denn wozu noch ein ſolches Intereſſe? Der Zweck des Rechts beſteht ja einmal in der Willensmacht, der Herrſchaft, und eine Herrſchaft über den fremden Willen übe ich aus, wenn ich ihn zu Unterlaſſungen und Handlungen zwingen darf, einerlei ob dieſelben ein Intereſſe für mich haben oder nicht — jener ſpiritualiſtiſche Rechtsgenuß, bei dem die Willenstheorie es bewenden läßt, die Freude an der reinen Macht als ſolcher, die Satisfaktion, ſeinen Willen durchzuſetzen, wird in beiden Fällen in gleicher Weiſe gewährleiſtet.

Wohin dies im Verkehr führen muß, leuchtet ein. Ungehemmt und unbeſchränkt kann die Saat der Unfreiheit ausgeſtreut werden, kann das Unkraut drückender, für den Verkehr wie für das berechtigte Individuum völlig wertloſer Beſchränkungen wuchern; unter der falſchen Freiheit geht die wahre zugrunde, und der Wille gräbt ſich ſein eigenes Grab. Ein ſolcher Willensformalismus, der im Mittelalter in dem Prinzip der ſchlechthin verbindlichen Kraft promiſſoriſcher Eide einen verſchärften Ausdruck fand, war

---

Deſtinatäre), derenwegen die juriſtiſche Perſönlichkeit allein ins Leben gerufen iſt, überſieht und dieſe Willensmaſchinerie zum Subjekt der Rechte erhebt, wurzelt lediglich in dem obigen Willensformalismus. Wer ſich über die Bedeutung des Verhältniſſes der Frage: durch wen? und für wen? klar iſt, wird über die Bedeutung der juriſtiſchen Perſon nicht im unklaren ſein. Ich werde im § 61 darauf zurückkommen.

dem römischen Recht zu allen Zeiten völlig fremd. In sorgsamster Weise war dasselbe bedacht, dieser Selbstvernichtung der Freiheit vorzubeugen (§ 33), und den Grund dazu legte es in der Gestaltung des Rechtsbegriffs. Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstrakten „Rechtswillens" zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Maß und Ziel.[442a]) Verträge, die mit diesem Maßstab gemessen des Interesses entbehren, sind nichtig, aus ihnen entsteht z. B. weder eine Servitut[443]) noch eine Obligation;[444]) die Rechte gewähren nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts.

Doch dies führt uns bereits auf den positiven Teil unserer Aufgabe. Es wird verstattet sein, den negativen in den Satz zusammenzufassen:

442a) Die weitere Ausführung dieses Gedankens gedenke ich in einer Abhandlung über das Zweckmoment im römischen Privatrecht zu geben; kurz zusammengedrängt wird der Inhalt derselben im folgenden Bande dieses Werks Aufnahme finden. [Zusatz zur vierten Auflage.] Aus der hier in Aussicht gestellten Abhandlung ist ein ganzes, noch nicht vollendetes Werk: mein Zweck im Recht, 2 Bände 2. Aufl. 1884. 1886. geworden.

443) Grundsatz und Beispiele in L. 15 de servit. (8. 1).

444) Beispiele in L. 61 de pact. (2. 14). Nur eine Ausnahme lassen die römischen Juristen zu, die aber gerade von einem ungemein feinen Takt zeugt. Der Eigentümer kann als solcher in der Verwendung der Sache sich faktisch durch rein individuelle Launen leiten lassen, und dasselbe verstattete die römische Jurisprudenz ihm rechtlich bei Veräußerung der Sache rücksichtlich der Auflagen, die er dem Käufer zu machen für gut fand, indem sie dafür den Gesichtspunkt aufstellte, daß es sich hierbei nicht um Bestellung, sondern um Vorbehalt von etwas Unnützem handele, was man dem Eigentümer nicht verwehren könne (lex rei suae dicta). Für Servituten spricht diesen Grundsatz aus L. 19 de serv. (8. 1) ... quem quis vendat, für Verträge die L. 11 de relig. (11. 7) .. venierit und L. ult. Cod. de pact. int. emt (4. 56) .. in venditionis vel alienationis contractu, wodurch der scheinbare Widerspruch mit L. 61 cit. verschwindet. Die genauere Entwicklung dieses Gesichtspunktes der lex rei suae dicta habe ich jetzt in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte gegeben, meine Jahrbücher X. S. 550 fl.

der Wille iſt nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff iſt nicht imſtande, das praktiſche Verſtändnis der Rechte zu erſchließen.

Zwei Momente ſind es, die den Begriff des Rechts konſtituieren, ein *ſubſtantielles*, in dem der praktiſche Zweck desſelben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleiſtet werden ſoll, und ein *formales*, welches ſich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der *Rechtsſchutz*, die *Klage*. Erſteres iſt der Kern, letzteres die ſchützende Schale des Rechts. Jenes für ſich allein begründet lediglich einen tatſächlichen Zuſtand des Nutzens oder Genuſſes (*faktiſches Intereſſe*), der jederzeit ohne weitere Folgen von jedem, der dazu tatſächlich in der Lage iſt, aufgehoben werden kann.[445]) Den Charakter der Zufälligkeit, Hinfälligkeit verliert dieſer Zuſtand erſt dadurch, daß das Geſetz ihn unter ſeinen Schutz nimmt, der Genuß oder die Ausſicht auf denſelben wird dadurch ein geſicherter: ein *Recht*. Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen *Sicherheit des Genuſſes*, Rechte ſind *rechtlich geſchützte Intereſſen*.

Das erſte Moment, dem wir zunächſt unſere Aufmerkſamkeit zuwenden, ſtellt ſich dar in folgender Vorſtellungsreihe: *Nutzen*, *Gut*, *Wert*, *Genuß*, *Intereſſe*. Der Maßſtab, nach dem das Recht dieſe Begriffe bemißt, iſt keineswegs ausſchließlich der ökonomiſche: Geld und Geldeswert; das Vermögen iſt nicht das einzige, das dem Menſchen geſichert werden muß, über demſelben ſtehen vielmehr noch andere und höhere Güter ethiſcher Art:

---

445) L. 26 de damno inf. (39. 2) non videri damnum facere (d. i. einen Schaden im *Sinn des Rechts* erleiden) qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur. Eine eigentümliche Art dieſes faktiſchen Genußverhältniſſes bilden die von mir ſo genannten und in meinen Jahrbüchern (X. S. 245 fl.) einer genaueren Betrachtung unterzogenen *Reflexwirkungen* fremder Rechte.

die Persönlichkeit, Freiheit, Ehre, die Familienverbindung, — Güter, ohne welche die äußerlichen, sichtbaren Güter gar keinen Wert haben würden.

Jedes Recht des Privatrechts ist dazu da, daß es dem Menschen irgend einen Vorteil gewähre, seine Bedürfnisse befriedige, seine Interessen, Zwecke fördere. Von jedem Recht ist also der Mensch der Destinatär,[446]) ob auch das Subjekt, hängt davon ab, wie man sich das Verhältnis bei der juristischen Person denkt (S. 224 u. § 61).

Der angegebene Zweck trifft bei sämtlichen Rechten zu, mögen sie dem Vermögens- oder dem Personenrecht angehören, alle sollen mich fördern, mir einen Dienst, Nutzen, Vorteil[447]) gewähren, die Freiheit so gut wie das Eigentum, die Ehe so gut wie die Forderung[447a]) „es gibt kein zweck- und nutzloses Recht;

---

446) L. 28 § 1 de usur. (22. 1) .. omnes fructus natura hominum causa comparavit. § 12 I. de J. N. (1. 2).

447) Für das Vermögen heben die römischen Juristen dies Zweckmoment (commodum, emolumentum Gaj. II. 255, L. 75 de J. D. 23. 3) ausdrücklich hervor: bona, quod beant .. beare est prodesse L. 49 de V. S. (50. 16), L. 83 ibid.: proprie (d. h. im ökonomischen Sinn) bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent. Ahrens macht mit Recht auch auf den Ausspruch von Ulpian in L. 1 § 2 de J. et J. (1. 1) aufmerksam: privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. S. auch L. 11 ibid.

447a) [Zusatz zur 4. Aufl.] Zu den ärgsten Verirrungen der modernen Jurisprudenz gehört die Behauptung, daß Leben und Freiheit keine Rechte im subjektiven Sein seien, sie enthielten nur die Voraussetzungen derselben. Als ob nicht die Voraussetzung des einen Rechts ebenfalls ein Recht sein könne (Beweis: die Forderung für das Pfandrecht), und als ob die Form des Schutzes, ob sie dem Zivilrecht oder dem Kriminal- oder Polizeirecht angehört, das Maßgebende wäre. Im alten Rom konnte die Freiheit durch eine Privatklage geltend gemacht werden, heutzutage nicht mehr; hat sie darum aufgehört, ein Recht zu sein? Alle durch das Recht im objektiven Sinn geschützten Existenzbedingungen der Person sind Rechte im subjektiven Sinn, in welcher Weise sie geschützt werden, ist vollkommen gleichgültig. Wäre die Annahme des subjektiven Rechts durch die Möglichkeit der eigenen Klagerhebung sei-

Wohl und Recht ſind keine Gegenſätze, ſondern in notwendiger Beziehung zueinander" (Ahrens).

Ein Ding, das uns dieſen Dienſt zu leiſten vermag, nennen wir ein Gut, die Römer beſchränken den Ausdruck bekanntlich auf das Gut im ökonomiſchen Sinn, die Glücksgüter (bona). Demnach bildet ein Gut den Inhalt eines jeden Rechts — eine Definition des Rechts, die nicht von dem Begriff des Gutes im weitern Sinn ausgeht, iſt in meinen Augen verfehlt.

An den Begriff des Gutes reiht ſich der des Wertes und Intereſſes an. Der Wertbegriff enthält den Maßſtab zur Beſtimmung der Tauglichkeit des Gutes, der Intereſſenbegriff erfaßt dieſe Werteigenſchaft in beſonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältniſſe des Subjekts. Ein Recht, das an ſich einen Wert hat, kann für dieſes Subjekt ohne Intereſſe ſein, z. B. eine Ausſichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Beſuch eines Konzerts für einen Tauben. Beide Begriffe ſind wie der des Gutes nicht auf das Vermögen beſchränkt,[448]) nur hat der des

---

tens des Berechtigten bedingt, ſo müßte man den bevormundeten Perſonen ihre Rechte abſprechen, denn die Klage wird durch den Vormund erhoben. In derſelben Weiſe, wie er ihre Rechte ſchützt, ſchützt der Staat das Leben und die Freiheit ſeiner Untertanen, ohne daß beide dadurch aufhören, die Beſtimmungsſubjekte dieſer rechtlich-geſchützten Güter, d. h. die Berechtigten zu ſein. In der Theorie des Privatrechts mag man das Recht auf Leben und Freiheit übergehen, weil es privatrechtlich nichts Bemerkenswertes darbietet, aber den Charakter eines Rechts kann ihm nur derjenige abſprechen, der ſich über den Begriff desſelben gar nicht klar geworden iſt und ſich durch eine vorgefaßte Vorſtellung vom Recht im ſubjektiven Sinn leiten läßt, die er ſich gar nicht die Mühe genommen hat, einer auf die weſentlichen Momente des Rechtsbegriffes zurückgreifenden Unterſuchung zu unterziehen; wer die Behauptung aufrecht erhalten will, hat vorher Rede und Antwort darüber zu ſtehen, was das Recht ſoll — nur das Zweckmoment führt hier wie überall zur richtigen Erkenntnis, alle anderen Verſuche, ſich des Rechtsbegriffs zu bemächtigen, ſind von vornherein verfehlt, weil rein formaliſtiſch.

448) S. z. B. L. 14 § 1 de serv. corr. (11. 3) . . interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi. L. 54 Mand. (17. 1) . . affectus ratione mandati agetur (auf Freilaſſung des Sklaven). L. 7 de ann. (33. 1) . . interest illius (auf Errichtung eines Monuments),

Werts allerdings außerhalb dieſer Sphäre kein praktiſches Intereſſe, denn das praktiſche Intereſſe desſelben beſteht in der Möglichkeit, ſeine Abſtufungen in Geld auszudrücken, dieſer Wertmaßſtab des Geldes iſt aber nur anwendbar bei den Dingen, die für Geld zu haben ſind — die Freiheit, das Leben, die Ehre ſind inäſtimabel,[449]) was aber das römiſche Recht nicht abgehalten hat, bei einer Verletzung dieſer Güter das Geld als Strafmittel öfters zur Anwendung zu bringen.[450])

Das Geld alſo iſt der ökonomiſche Wert- und Intereſſenmaßſtab. Denn das Geld iſt die Form, in die mittelſt der Operation des Kaufs alle Wertobjekte ſich auflöſen, und aus der ſie ſich wieder herſtellen laſſen — die Urſubſtanz, in der ſie alle enthalten ſind. Was käuflich iſt, iſt ſchätzbar d. i. auf Geld reduzierbar, — was der Verkehr ſchätzt (im doppelten Sinn: wert hält, hoch

---

L. 71 pr. de cond. (35. 1) interesse heredis credendum est (auf Sicherſtellung der Subſiſtenz eines Verwandten), L. 71 de evict. (21. 2) i. f. L. 5 § 5 de his qui (9. 3). L. 1—6 de lib. causa (40. 12), namentlich L. 1 pr. quia semper parentis interest filium servitutem non subire. L. 2: quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur. L. 6 pr. de serv. exp. (18. 7) .. cum venditoris affectionem forte simul et verecundiam laeserit. L. 7 ib. etiam affectionis ratione recte agetur. L. 71 de evict. (21. 2) interest enim patris filiam dotatam habere. L. 5 § 5 de his qui effud. (9. 3), wo die Klage dem gegeben wird, „cujus interest", trotzdem daß das „damnum pecuniarium" verneint wird. Verkehrt Arnold, Kultur und Rechtsleben S. 102, 417, 422: die Inſtitute des Familienrechts, wie Ehe, väterliche Gewalt, Vormundſchaft, kämen, ſobald ſie als Inſtitute des Privatrechts aufträten, nur von ſeiten des Vermögens zur Sprache. Das Privatrecht habe es mit den Rechtsverhältniſſen der einzelnen Perſonen zu tun, ſoweit ſie einen Vermögenswert haben — als ob nicht die Exiſtenz des Verhältniſſes ſelber Gegenſtand einer Klage ſein konnte.

449) Libertas inaestimabilis res est, L. 106 de R. J. (50. 17); L. 9 § 2 de statul. (40. 7): libertas pecunia lui non potest. L. 3 si quadr. (9. 1) liberum corpus aestimationem non recipit.

450) Nicht bloß bei der act. injuriarum aestimatoria und den verſchiedenen Strafklagen wegen Beſchädigung oder Tötung durch Menſchen oder Tiere, ſondern in ungleich weiterer Ausdehnung. Das Nähere im dritten Syſtem.

ſchätzt und bezahlt), kann auch der Richter ſchätzen (taxieren). Aber nicht alles findet innerhalb des Vermögens ſein Äquivalent in Geld, gewiſſe Gegenſtände, ſelbſt wenn ſie um Geld erworben wurden, ſind uns doch wegen des perſönlichen Bandes, das die Gewohnheit oder die Pietät zwiſchen ihnen und uns geſponnen, für Geld nicht feil, es iſt nicht bloß das Wertobjekt, der Geldwert, was wir an ihnen ſchätzen, ſondern das Konkrete dieſer beſtimmten Spezies, dieſes Sachindividuum mit dieſer ſeiner Vergangenheit für uns, dieſes Stück unſres Lebens.[451])

Wie verſchieden ſich nun auch bei den einzelnen Rechten das Intereſſe beſtimme, ſo enthält doch jedes in Theſi zugelaſſene Recht den Ausdruck eines vom Geſetzgeber nach dem Standpunkt ſeiner Zeit für ſchutzfähig und ſchutzbedürftig anerkannten Intereſſes. Mit den Intereſſen wechſeln daher auch die Rechte, zwiſchen beiden findet bis zu einem gewiſſen Grade ein hiſtoriſcher Parallelismus ſtatt — nicht ſchlechthin, weil manche Intereſſen ihrer Natur nach dem mechaniſchen Zwange des Rechts widerſtreben. Für die ſkurrilen Witze, welche das Mittelalter in die Form von Rechten zu kleiden pflegte, fehlt uns heutzutage der Sinn, unſer Intereſſenmaßſtab im Recht iſt ein ſtrengerer geworden, obſchon in dieſer Beziehung immer noch genug zu tun übrig bleibt.[452])

---

451) Beiſpiele in L. 36 de bon. lib. (38. 2) praedia, in quibus majorum sepulcra ... mancipium, quod non pretio, sed affectu aestimandum. Berückſichtigung dieſes Intereſſes im Recht: actiones arbitrariae zum Zweck der Erlangung der beſtimmten Sache ſtatt des Geldwertes — Verbot der Veräußerung der Mündelgüter des bloßen Vorteils wegen, L. 22 § 3. Cod. de adm. tut. (5. 37) ... Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.

452) So z. B. ſollten die Klagen aus Spiel und Wetten völlig aufgehoben werden; für den Verkehr haben dieſe Verträge gar kein Intereſſe, das geſellige Leben gehört nicht vor das Gericht, wer ſpielt und wettet, möge zuſehen, mit wem er es tut. Der einzige Grund, der ſich für ihre Klagbarkeit anführen läßt, iſt das obige (S. 337) Dogma von der abſtrakt verbindenden Kraft der Verträge — damit könnte man aber auch eine Klage auf den erſten Walzer begründen!

Das römische Recht hat, wie bereits gezeigt, diesen Gesichtspunkt des Interesses klar ausgesprochen und konsequent durchgeführt; mit der Form des Rechts, der Klage, ist es von jeher sehr sparsam gewesen und hat aus gutem Grunde in dieser Beziehung eher zuwenig, als zuviel getan. Die Rechtsformen, die es aufstellt, entsprechen sämtlich einem ernsten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten sie keinen Raum.

Daß auch in Rom der Interessenmaßstab mit der wirtschaftlichen, geistigen und sozialen Entwicklung des Volks sich veränderte, davon legt die Rechtsgeschichte vielfach Zeugnis ab. Es möge genügen, hier ein Beispiel anzuführen, die übrigen will ich dem dritten System vorbehalten. Dasselbe betrifft die Entwicklung des Rechts der Prädialservituten; in ihr prägt sich der Fortschritt der Interessen in anschaulichster Weise aus. Dieselbe beginnt mit denjenigen Servituten, welche bereits auf der niedersten Stufe der Landwirtschaft ein Interesse haben, den Weg- und Wassergerechtigkeiten.[453]) Für sie hatte auch der altrömische Bauer ein volles Verständnis; den Wert einer durch eine servitus ne prospectui officiatur gesicherten schönen Aussicht hätte er nicht begriffen. Der Fortschritt der Landwirtschaft und die Veränderung in den Verhältnissen des Weidelandes (ager publicus) brachte sodann die übrigen Rustikalservituten, die Entwicklung des städtischen Lebens, das gedrängte Wohnen, der Aufschwung der Baukunst, der Luxus und die Verfeinerung des Geschmacks die Urbanalservituten zum Vorschein.[454]) Letztere verdanken ihren Ursprung

453) Daß sie die ältesten Arten waren, geht daraus hervor, daß sie allein zu den res mancipi gehörten.

454) Dieser allmähliche Fortschritt ist in der Art, wie die römischen Juristen sich über einzelne dieser Servituten äußern, noch deutlich zu erkennen, man vergleiche z. B. L. 7 de Serv. (8. 1), L. 3 de S. P. U. (8. 2), L. 1 § 1, L. 3 pr., L. 6 § 1, L. 9 de S. P. R. (8. 3), L. 2 Comm. praed. (8. 4). Auch die Annehmlichkeit und Bequemlichkeit wird als gerechtfertigtes Interesse anerkannt, L. 16 § 1 quod vi (43. 24) .. si quaedam ex (non frugiferis) arboribus amoenitas praestetur .. interesse propter voluptatem

nicht einer Erweiterung des juriſtiſchen Denkens, des geiſtigen Blicks, ſondern dem Drang der praktiſchen Intereſſen und Bedürfniſſe, ihre Zulaſſung war eine vom Leben der Jurisprudenz abgenötigte Konzeſſion, das Zugeſtändnis, daß auch die Annehmlichkeit und Behaglichkeit des Wohnens ein des Rechtsſchutzes würdiges Intereſſe ſei, daß der Maßſtab des unmittelbar Nützlichen, mit dem die alte Zeit die Servituten gemeſſen („servitus fundo utilis esse debet") für die neuere Zeit zu eng ſei.[455])

Nachdem wir nunmehr die Bedeutung des Intereſſes für das Recht in Theſi entwickelt haben, würde ſich daran die Frage reihen müſſen, ob dasſelbe Verhältnis, welches zwiſchen beiden Begriffen in abſtrakto gilt, nämlich daß das Intereſſe den Zweck und die Vorausſetzung des Rechts bildet, ſich auch in Hypotheſi wiederholen müſſe, ſo daß z. B. die beſtellte Weggerechtigkeit nur dann zu Recht beſtehe, wenn ſie für den Berechtigten von nachweisbarem Intereſſe ſei. Es ſcheint mir jedoch paſſender, dieſe Frage zunächſt auszuſetzen, um vorläufig in der Entwicklung des Rechtsbegriffs weiter fortzufahren, ich werde ſie ſpäter an richtiger Stelle aufnehmen.

Die Tatſache, daß das Recht dem Berechtigten die Vorteile, den Nutzen, die es ihm erweiſen ſoll, und die mit dem bloßen Daſein des Rechts als ſolchem noch nicht ſchlechthin gegeben ſind, wirklich gewährt, das iſt die tatſächliche Zweckverwendung, bezeichnen wir als Genuß des Rechts. Der Begriff der Ausübung des Rechts iſt ein weiterer, er umfaßt nämlich alles das,

---

et gestationem. L. 2 § 12 Ne q. i. l. p. (43. 8) . . prospectus, aditus deterior aut angustior. Charakteriſtiſch für die Auffaſſung zu Juſtinians Zeit iſt es, daß in den Pandekten die Urbanalſervituten vor den Ruſtikalſervituten behandelt werden — zugleich ein ſchlagender Beleg dafür, wie wenig die Reihenfolge, in der Juſtinians Kompilatoren gewiſſe Materien behandeln, mit Hugo zu Schlüſſen auf die hiſtoriſche Priorität berechtigt.

455) Note 454. Auch für die Ruſtikalſervituten erweiterte er ſich in derſelben Richtung, ſ. z. B. L. 3 pr. de aqua (43. 20) . . amoenitatis causa aqua duci potest. L. 3 pr. de S. P. R. (8. 3), für beide Arten von Prädialſervituten war der Begriff der utilitas erweitert.

was der Berechtigte vermöge des Rechts vornehmen darf, dazu gehört aber außer dem Genuß auch die Behauptung und Verfolgung des Rechts im Fall ſeiner Verletzung.

Der Genuß nimmt nach Verſchiedenheit der Sache verſchiedene Formen an, bald iſt er mit dem Rechte ſelber, ſolange es nicht verletzt iſt, von ſelbſt gegeben (z. B. Freiheit, Ehre, negative Servituten), bald ſetzt er erſt noch ein Handeln des Berechtigten oder des Verpflichteten voraus, bald iſt die Art desſelben ganz genau vorgeſchrieben und eng begrenzt, bald iſt dem Ermeſſen des Berechtigten in dieſer Beziehung der weiteſte Spielraum geöffnet. Dieſer letztere Gegenſatz bedarf der näheren Ausführung; ein praktiſches Intereſſe hat er nur für das Vermögensrecht, auf das wir uns daher im folgenden beſchränken.

Die Genußmöglichkeit, welche mir die Sache in faktiſcher, das Eigentum an derſelben in rechtlicher Beziehung gewährt, beſteht je nach Art der Sache bald lediglich in der bloßen Benutzung (dem uti und, wenn dieſelbe eine fruchtbringende iſt, dem frui), bald lediglich in der Konſumtion der Sache (res quae usu consumuntur), bald in beiden zuſammen. Zu dieſer Form des vom Eigentümer in eigener Perſon vorgenommenen realen oder unmittelbaren Genuſſes geſellen ſich noch zwei andere, bei denen der Eigentümer den realen Genuß auf einen andern überträgt, um dafür einen andern einzutauſchen (ideale oder juriſtiſche Genußformen), nämlich:

1. der Genuß des Wertes, und zwar
   a. der Sache, indem in Form des Vertrages ein anderes Gut für ſie eingetauſcht wird, ſei es Geld (Kaufkontrakt),[455b] eine andere Sache (Tauſchkontrakt im engern Sinn), oder perſönliche Leiſtungen (locatio operarum, conductio operis, der Innominatkontrakt: do, ut facias),

---

455b) Unter dieſen Geſichtspunkt fällt auch die Verpfändung der Sache, ſ. Note 461.

b. des Gebrauchs, indem das uti oder frui gegen Geld (**locatio rei**, Superfizies, Emphyteuſis) oder ſonſtige Leiſtungen (z. B. Antichreſe) zeitweiſe oder auf immer überlaſſen wird.[456])

2. die unentgeltliche Dahingabe an Individuen oder gemeinnützige Zwecke, und zwar entweder
   a. der Sache, in Form der Schenkung, Pollizitatio, Stiftung, letztwilliger Zuwendungen, oder
   b. der Nutzungen, in Form des unverzinslichen Darlehens, Kommodats, Prekariums oder der ſchenkweiſen Beſtellung des Uſus oder Uſusfruktus.

Auch die letztere Art der Verwendung ſchließt einen Genuß in ſich,[457]) während die rein negative Entäußerung der Sache (Dereliktion) oder die Nichtausübung eines zuſtehenden Gebrauchsrechts (non-usus) ein Verſchmähen desſelben enthält.

Je nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, Zwecke, Lagen hat

---

456) Der im Text geltend gemachte Geſichtspunkt iſt von den römiſchen Juriſten klar erkannt, ſ. z. B. L. 12 § 2 de usufr. (7. 1) . . nam et qui locat, utitur et qui vendit. L. 39 ibid. Qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. L. 35 § 1 ibid. L. 22 de her. pet. (5. 3) . . in locum hereditariae rei pretium ejus successisse.

457) Die römiſchen Juriſten haben dies wiederum richtig erkannt, ſiehe z. B. L. 12 § 2 de usufr. cit. . . Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti. L. 55 § 1 de furt. (47. 2) . . nec movere quem debet quasi nihil lucri sui gratia facit (der Dieb, welcher ſtiehlt, um einem andern zu ſchenken). Species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere. L. 7 de serv. exp. (18. 7) . . . cum beneficio affici hominem intersit hominis. L. 78 § 2 de J. D. (23. 2) . . vel pretio vel beneficio . . aut cuivis magis gratiam praestare. So auch Seneca de benef. I. c. 6. Quid est ergo beneficium? Benevola actio, tribuens gaudium capiensque tribuendo. Eine praktiſche Konſequenz jener Auffaſſung (die aber den römiſchen Juriſten noch nicht zum vollen Bewußtſein gekommen war, wie aus der Deduktion in L. 71 de evict. [21. 2] hervorgeht) iſt die, daß die Evikttionsklage auch dem Schenker gegeben werden muß, wenn dem Beſchenkten die Sache evinziert wird, während dieſelbe hinwegfällt, wenn die Sache derelinquiert iſt und dem

nun das Recht die Wahl dieser verschiedenen Genußformen mehr oder weniger beschränkt oder gänzlich offen gelassen. Dem volljährigen Eigentümer stehen sämtliche zu Gebote, nur in einigen Ausnahmefällen ist ihm mit Rücksicht auf die einer andern Person eingeräumte Expektanz auf die Sache die Form 1a verschlossen, so z. B. beim Dotalgrundstück, Familienfideikommiß, ohne daß die römischen Juristen darin eine Alterierung des Eigentumsbegriffs erblickt hätten. Beim minderjährigen Eigentümer ist diese Form an die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde geknüpft, dagegen die Form unter 2a völlig verschlossen. Beim gewöhnlichen Rentenlegat steht dem Legatar wie bei jedem anderen die freieste Transaktionsbefugnis zu, dagegen beim Alimentenlegat ist er an die vom Testator angeordnete Genußform gebunden, wenigstens ist eine *wesentliche* Alterierung derselben, z. B. mittelst Zahlung einer einmaligen Abfindungssumme durch die Mitwirkung der Obrigkeit bedingt.

Den äußersten Gegensatz zu dem unbeschränkten, sämtliche Genußformen in sich vereinigenden Eigentum bildet das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) an den öffentlichen Sachen.[458]) Dasselbe ist beschränkt auf das reale uti in eigener Person. Von dieser beschränktesten Form der Genußmöglichkeit bis zu der weitesten, dem freien Eigentum, erhebt sich eine Skala von Abstufungen, bei denen bald die eine, bald die andere der obigen Formen fehlt. Die Benutzung der res religiosae ist gleich der der res publicae ausschließlich auf diejenige Art des Gebrauchs beschränkt, für die sie bestimmt sind,[459]) aber es gesellt sich die Möglichkeit der Überlassung des Gebrauchs an andere hinzu, aber nur des *unentgeltlichen* — aus res religiosae soll kein

---

Okkupanten evinziert wird, L. ult. de evict. (21. 2); in jenem Fall wird ein Erfolg vereitelt, auf den der Käufer ein *Recht* hatte.

458) Daß es ein *Recht* ist, ebenso wie das im Text erwähnte Recht an res religiosae, darüber s. § 61.

459) L. 12 § 1 de relig. (11. 7) . . ne sepulcrum aliae conversationis usum accipiat.

Geld gemacht werden.[460]) Bei den jura in re wird die niederſte Stufe der Verwendungsmöglichkeit durch das uti im juriſtiſchen Sinn bezeichnet. Dasſelbe gibt dem Berechtigten lediglich die Befugnis zum eignen perſönlichen Gebrauch, ohne das Recht der Überlaſſung an andere. So beim usus und bei den Prädialſervituten. Die zweite Stufe wird durch das uti frui bezeichnet, welches das Recht der Übertragung in ſich ſchließt. So beim ususfructus und der superficies und emphyteusis. Die höchſte Stufe wird durch das Recht des consumere bezeichnet, des realen beim Quasi-usus-fructus, des juriſtiſchen (d. i. Verkauf der Sache) beim Pfandrecht.

Die Abſtufung der Genußformen, möge ſie die Form beſonderer Rechte annehmen oder, wie beim Eigentum, innerhalb eines und desſelben Rechts Platz greifen, bezeichnet einen großen Teil deſſen, was man unter dem Begriff der Dispoſitionsbefugnis zu verſtehen pflegt. Der Angelpunkt, um den die Dispoſitionsbefugnis ſich bewegt, iſt, wenn wir von dem wenig wichtigen Fall der Dereliktion abſehen, die Wahl der Modalität des Genuſſes. Alle Rechtsgeſchäfte, die der Eigentümer abſchließt, ſind Akte, durch die er genießt: er möge verkaufen, vertauſchen, verſchenken, verpachten, vermieten oder jura in re beſtellen. Auch bei der Verpfändung genießt er die Sache, indem ſie ihm das erforderliche Geld verſchafft.[461]) Freiheit der Dispoſition iſt demnach Freiheit in der Wahl der Genußformen, Beſchränkung jener Beſchränkung dieſer. Die praktiſche Bedeutung dieſer Freiheit beſteht darin, daß der Wille da-

460) L. 2, L, 9 Cod. de relig. (3. 44), L. 14 Cod. de leg. (6. 37).

461) Die Verpfändung enthält das Mittel, den zum Zweck der Verſchaffung von Geldmitteln nötig gewordenen Verkauf zur Zeit noch abzuwenden, es iſt ökonomiſch dieſelbe Manipulation, wie beim Verkauf: Umſatz der Sache in Geld, nur mit dem Unterſchied, daß der Vorgang durch Abtragung der Schuld wieder rückgängig gemacht werden kann — ökonomiſch, nicht juriſtiſch ſteht die Verpfändung mit dem Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs auf einer Linie.

durch inſtand geſetzt wird, die Zweckverwendung des Rechts ganz den individuellen Neigungen, Bedürfniſſen und den momentanen Umſtänden anzupaſſen. Wer das Grundſtück nicht ſelbſt bewirtſchaften mag oder kann, ſich aber, für ſich oder ſeine Erben', die Möglichkeit der ſpäteren eignen Bewirtſchaftung vorbehalten will, verpachtet es, wer dieſe Möglichkeit nicht in Ausſicht nehmen kann, verkauft es; wer ſein Geld zurzeit nicht nötig hat, verleiht es, tritt der Fall ein, daß er es bedarf, ſo nimmt er es zurück und verwendet es ſelber. Erſt durch die Verſchiedenheit der ökonomiſchen Nutzungsformen gewinnt das Vermögen ſeine volle Brauchbarkeit, die Fähigkeit, ſich den wechſelnden Bedürfniſſen und Zwecken völlig anzupaſſen.

Ob aber die Wahl der Genußformen ganz in das Belieben des Berechtigten geſtellt iſt, oder ob er dauernd oder nur vorübergehend auf eine beſtimmte Genußform angewieſen iſt, die Möglichkeit des Genuſſes bildet den Endzweck und damit das Kriterium eines jeden Rechts. Ein Recht ohne eine damit verbundene Genußmöglichkeit iſt ein Unding. Mag der Berechtigte den Genuß verſchmähen — das ſteht ihm frei —, aber ein Recht, dem in thesi kein Genuß, d. h. kein Nutzen, den es dem Berechtigten abwirft, entſpricht, iſt eine contradictio in adjecto. Kein Recht iſt ſeiner ſelbſt wegen oder des Willens wegen da, jedes Recht findet ſeine Zweckbeſtimmung und ſeine Rechtfertigung darin, daß es das Daſein oder Wohlſein fördert, kurz in dem Nutzen in dem oben angegebenen weiteſten Sinn. *Nicht der Wille oder die Macht bildet die Subſtanz des Rechts, ſondern der Nutzen* — die Bedeutung des Willens erſchöpft ſich lediglich darin, daß er die Zweckbeſtimmung des Rechts für das Subjekt vermittelt, die der Macht, welche das Recht ihm gewährt, darin, daß er rechtlich daran nicht gehindert wird.

2. Das formale Moment des Rechts.

Der Selbstschutz der Interessen oder die Klage — die Grenze dieses Schutzes. — Klagmechanismus und Recht der Destinatäre im Verhältnis der Korporationen und Stiftungen. — Rechtsverhältnisse an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs). — Gegensatz des Individual- und Gemeinrechts — der Besitz und die bonae fidei possessio.

LXI. Das zweite Moment des Rechts ist der *rechtliche Schutz* — Rechte sind *rechtlich*[462]) *geschützte* Interessen, Recht ist die *rechtliche Sicherheit* des Genusses.

Nicht alle Interessen *bedürfen* des rechtlichen Schutzes, und nicht alle sind desselben *fähig*.[463]) Nicht jedes Gesetz, welches ein Interesse schützt, verschafft dem Interessenten ein Recht im subjektiven Sinn, d. h. einen Rechtsanspruch auf Gewährung dieses Schutzes. Das Gesetz, welches im Interesse gewisser Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten *zugute*, es *fördert*, *schützt sie* in ihrem Geschäftsbetriebe, und dennoch gewährt es ihnen keine *Rechte*. Wie verträgt sich dies mit unserer obigen Definition (S. 339): Rechte sind rechtlich geschützte Interessen? Die Antwort lautet: es liegt hier nur eine bloße *Reflexwirkung* vor, ein Verhältnis, das allerdings mit dem Recht die größte Ähnlichkeit hat, aber um so sorgfältiger von ihm geschieden werden muß.[463a]) Der Staat erläßt das Gesetz in

462) Man hat dieser Definition den Vorwurf gemacht, daß sie den Begriff des Rechts durch sich selber (*rechtlich* geschützt) erkläre. Dabei hat man übersehen, daß der Ausdruck *Recht* im subjektiven, der *Ausdruck* rechtlich im objektiven Sinn genommen ist, ich hätte statt des letzteren ebensogut staatlich, gesetzlich wählen können. Der Vorwurf fällt auf diejenigen, die ihn erhoben haben, zurück, meine Difinition mag sich aus materiellen Gründen bemängeln lassen, aus formalen nicht.

463) Dies übersieht die Krausesche rechtsphilosophische Schule (Note 441).

463a) Ich habe das Verhältnis seit Erscheinen der ersten Auflage in meinen Jahrbüchern X. S. 245 fl. einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

Wirklichkeit in *seinem* Interesse, welches hier freilich mit dem der Fabrikanten ebenso Hand in Hand geht, wie bei einem Legat, wodurch jemand seiner Nichte für den Fall ihrer Verheiratung eine Dos legiert, das der Legatarin und das ihres Mannes. Sowenig wie letzterer einen rechtlichen Anspruch auf Auszahlung des Legats erheben kann, ebensowenig die Fabrikanten auf Vollzug des Schutzzollgesetzes, die Anwendung desselben ist von *ihrem* Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig, lediglich Sache der betreffenden Behörden.

Ich sehe mich an dieser Stelle genötigt, eine Ansicht, die ich in den vorhergehenden Auflagen vorgetragen habe, zurückzunehmen. Sie lautete: ganz dasselbe, wie von dem obigen Gesetz, gilt auch von den Polizei- und Kriminalgesetzen, sie schützen uns, aber nicht in Form eines uns zustehenden Rechts. Die Behauptung würde richtig sein, wenn das Recht im subjektiven Sinn an die Voraussetzung einer dem Berechtigten zum Zwecke der Behauptung desselben zur Verfügung gestellten Privatklage geknüpft wäre, wie dies bei sämtlichen Rechten des Privatrechts der Fall ist. Es gibt aber auch *öffentliche* Rechte, die zweifellos vom Gesetzgeber als solche gemeint und von der Sprache als solche bezeichnet werden. Die Verfassung spricht dem Thronfolger ein Recht auf Nachfolge zu, das Wahlgesetz dem Wahlberechtigten ein Wahlrecht, obschon die Realisierung desselben nicht in Form der Klage erfolgt. Privatklage und Recht im subjektiven Sinn decken sich also nicht. Damit ist die Ansicht, welche ich in Note 447[a] ausgesprochen habe, daß es ein subjektives Recht auf Leben und Freiheit gebe, obschon der Schutz desselben heutzutage dem Strafrichter und der Polizei zugewiesen ist, gerechtfertigt. Nur die Form des Schutzes ist in der modernen Welt gegenüber früheren Perioden der Geschichte eine andere geworden, aber den Charakter eines Rechts hat es dadurch nicht eingebüßt — die Anerkennung eines Rechts der Person auf das, was sie *ist*: ihrer Persönlichkeit, Rechtsfähigkeit, Freiheit ist die logisch unumgängliche Voraussetzung aller Rechte, die sie *hat*. Ob man dieses Recht nach dem

formalen Kriterium der mangelnden Privatklage dem öffentlichen Recht oder wegen seines ethischen Charakters dem Privatrecht zuweisen will — der Jurist wird ersteres, der Rechtsphilosoph letzteres tun —, gilt mir völlig gleich, für mich handelt es sich hier nicht um die Klassifikation der Privat- und der öffentlichen Rechte, sondern lediglich um die Begriffsbestimmung des Rechts im subjektiven Sinne.

Wie scheiden sich aber diese lediglich durch die Staatsbehörden geschützten Interessen, denen wir den Charakter eines Rechts beilegen, von den obigen Reflexwirkungen des Gesetzes ab, denen wir ihn absprechen? Hier wie dort Interessen, denen die Staatsbehörde ihren Schutz zuteil werden läßt! Ich erblicke das unterscheidende Merkmal in der Möglichkeit der Konstatierung einer individuellen Rechtsverletzung. Werden die Schutzzölle nicht richtig gehandhabt, so ist es nicht dieser bestimmte Fabrikant oder Landwirt, der darunter leidet, sondern alle — die Wirkungen der mangelhaften Handhabung des Gesetzes verlieren sich ins Allgemeine, Unbestimmte. Ganz anders, wenn jemand an der Ausübung seines Wahlrechts verhindert oder seiner Freiheit beraubt wird, hier ist es diese bestimmte Person, gegen welche eine Rechtsverletzung begangen wird, und wenn sie auch die Verfolgung des gegen sie verübten Unrechts in die Hand der Behörde legen muß, so ist es doch ein Unrecht, das speziell sie getroffen hat, und das als solches ein Recht in ihrer Person impliziert.

Die folgende Ausführung wendet sich ausschließlich den Rechten des Privatrechts zu. Das Kriterium derselben besteht nach römischem Recht in der Klage, d. h. in der Anrufung des zur Gewährung dieses Schutzes verpflichteten Zivilrichters. Sonach läßt sich das Recht definieren als Selbstschutz des Interesses. Ob dieser Schutz in eigener Person oder durch Stellvertreter, zu denen bei den handlungsfähigen Personen die Vormünder gehören, ausgeübt wird, verschlägt nichts, denn immer wird hier die Klage erhoben im Namen des Berechtigten, und der Erfolg derselben kommt nur ihm zugute.

Die Klage also ist das Kriterium der römischen Privatrechte. Wo die Klage anfängt unausführbar zu werden, hört die Möglichkeit des zivilrechtlichen Schutzes der Interessen auf, wird deren Schutz, soweit nicht der des Strafrichters Platz greift, Sache der Verwaltung, unausführbar aber wird sie bei dem Punkt, wo die Bedingungen, an deren Dasein die Möglichkeit richterlicher Entscheidung geknüpft ist: die genaue Begrenzung der Klage nach Person, Gegenstand, Voraussetzungen und Wirkungen, beziehungsweise die Möglichkeit des zivilprozessualischen Beweises dieser Momente, hinwegfallen.[464]) Der Zivilrichter kann nur diejenigen Interessen schützen, welche die Gestalt fester Körper an sich tragen; wo sie diese Form abstreifen und in den luftförmigen Zustand übergehen, sich ins völlig Unbestimmte verlieren, hört seine Macht auf[464a]) — man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen —, der Richter aber muß die Sache fassen und greifen können, um sie mit Sicherheit zu beurteilen, es gilt für ihn dasselbe, was Cicero[464b]) von den Gesetzen sagt: tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt.

---

464) Seneca de benef. III. 7 . . omnia fora vix sufficient. Quis erit, qui non agat, quis, cum quo non agatur? Omnes sua extollunt, omnes etiam minima, quae in alios contulere, dilatant . . Quaecunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam judic. Ein passendes Beispiel gewährt die Frage von dem Recht auf den Namen bzw. dem Recht, die Annahme desselben einem anderen zu verwehren; „solche Interessen wahrt die Verwaltungsbehörde", Gerber, Deutsches Privatrecht, Aufl. 10 § 34, Note 1. Meine Abhandlung in den Jahrbüchern XXIII S. 320 fl.

464a) Darum kann es z. B. nicht Aufgabe des zivilprozessualischen Verfahrens sein, den nachteiligen Einfluß der Verminderung des Werts des Geldes auf so manche Rechtsverhältnisse (z. B. auf ein für allemal fixierte dauernde Geldprästationen) rechtlich auszugleichen; das Gegenteil würde dahin führen, daß der Richter nicht bloß die Wertverringerung im Lauf eines Jahrhunderts, sondern auch die innerhalb eines Jahrzehnts und selbst eines einzelnen Jahres untersuchen müßte.

464b) Cic. de off. III. 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.

Den vorgeschobensten Punkt, bis zu dem der Schutz der Interessen in Form der Klage sich im römischen Recht erstreckt, bezeichnen die actiones populares (I. 201). Die Interessen, um die es sich bei ihnen handelt, verlieren sich in der Tat ins Unbestimmte, Allgemeine, es sind die der Gemeinschaft, des Publikums; die Handlungen, gegen welche sie Schutz gewähren sollen, sind gemeingefährlicher Art; unser heutiges Recht hat ihre Verhinderung und Ahndung der Polizei überwiesen. Aber nicht überall, wo es derartige Interessen galt, fand eine actio popularis statt, m. a. W. die letztere Klage war kein Prinzip (Idee des rechtlichen Schutzes allgemeiner Interessen), sondern sie war beschränkt auf diejenigen Fälle, wo das positive Recht sie aufgestellt und nach Voraussetzungen und Wirkungen so genau fixiert hatte, daß damit die praktische Durchführbarkeit der Klage ermöglicht und gesichert war.[465])

Auch in dem Verhältnis der juristischen Personen, sowohl der Korporationen als der milden Stiftungen, handelt es sich um solche sich mehr oder weniger ins Unbestimmte und Allgemeine verlierende Interessen, und der Versuch, dieselben unter die gewöhnliche Form der Klage zu bringen, würde hier auf unübersteigliche Hindernisse stoßen. In welcher Weise das römische Recht diese Aufgabe gelöst hat, ist bereits früher (S. 223—225) entwickelt worden, und es bleibt uns hier nur übrig, uns über die eigentümliche Verschiebung, welche hier zwischen dem substantiellen und formalen Element des Rechts eintritt, Rechenschaft zu geben.

465) Ein interessantes Beispiel s. in L. 2 § 24 Ne quid in l. p. (43. 8) hoc interdictum (§ 20 ibid.) tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non, harum enim cura pertinet ad magistratus, interessant zugleich in der Beziehung, um zu veranschaulichen, wie nahe bei den obigen Interessen die Form des rechtlichen und die des administrativen Schutzes sich berühren. Die gediegene Bearbeitung, der sich die Popularklagen inzwischen durch Bruns (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte III. S. 341 ff.) zu erfreuen gehabt haben, überhebt mich der Notwendigkeit eines weiteren Eingehens auf dieselben.

Beschränken wir uns zunächst auf die Korporation, bei der das natürliche Sachverhältnis durch die juristische Form verhältnismäßig am wenigsten verdeckt wird. Niemand wird darüber im Zweifel sein, daß die einzelnen Mitglieder es sind (die gegenwärtigen und zukünftigen), denen die Rechte, mit denen die juristische Person ausgestattet ist, zugute kommen, und daß diese Wirkung nicht eine zufällige (Reflexwirkung) ist, sondern daß sie den Zweck des ganzen Verhältnisses bildet, daß also die einzelnen Mitglieder die wahren Destinatäre der juristischen Person sind. Wenn nun die Rücksicht auf die Praktikabilität der Klage es mit sich bringt, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, sondern nur die zur künstlichen persönlichen Einheit erhobene Gesamtheit derselben die gemeinsamen Interessen verfolgen kann, so liegt darin zwar eine Abweichung von der gewöhnlichen Gestalt des Privatrechts, bei der dem Quotenrecht auch eine Quotenklage entspricht, allein es gehört die gänzliche Befangenheit im juristischen Formalismus dazu (Note 442), um über dieser juristischen Form den realen Sinn und Zweck des ganzen Verhältnisses zu verkennen und den einzelnen Mitgliedern alles und jedes Recht abzusprechen.[466]) Die juristische Person als solche ist völlig genußunfähig, sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also auch keine Rechte haben, denn Rechte sind nur da möglich, wo sie ihre Bestimmung erreichen, d. h. einem berechtigten Subjekt dienen können — ein Recht, das in der Person des Berechtigten nie diesen seinen Zweck zu erfüllen vermag, ist ein Unding, ein Widerspruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs (S. 339—340).

466) Die äußerste und wahrhaft haarsträubende Konsequenz, zu der es diese Auffassung gebracht hat, ist die, daß bei sämtlichen juristischen Personen, also auch bei denen, welche reine Privatzwecke verfolgen, das Vermögen, insofern nicht vorher ein gültiger Beschluß über die Verwendung desselben gefaßt sei, mit Aufhebung derselben an den Fiskus falle. Man könnte ebensogut behaupten, daß eine Sache durch Auseinanderfallen, durch Auflösung in ihre einzelnen Stücke res nullius werde. Siehe dagegen meine Ausführung in meiner Abhandlung über die passiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 437.

Wo der Schein einer solchen Abnormität vorliegt, ist dies eben bloßer Schein, hinter dem Aftersubjekt steckt das wahre. Entfernt man sich einmal von dieser Grundidee des Rechts, die in dem Satz, daß lediglich der Mensch der Destinatär, das Bestimmungssubjekt der Rechte ist (Note 446), ihren Ausdruck findet, so findet der Unfug mit dem Personifizieren gar keine Grenze mehr, und nachdem man einmal bei den Prädialservituten Grundstücke zum Rang von Personen (warum nicht auch Brauhäuser, Apotheken usw. mit Realprivilegien?) erhoben hat, konnte es kaum noch wundernehmen, daß selbst die Papiere auf den Inhaber derselben Ehre teilhaftig geworden sind.

Nein! nicht die juristische Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjekte, jene ist nichts als die nach außen gekehrte eigentümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt, für den Verkehr im Innern hat diese Form nicht die geringste Bedeutung, hier gelangt der Gesichtspunkt des Rechts der einzelnen praktisch zur vollen Geltung; die Rechte, die verfassungsmäßig (statutenmäßig) jedem einzelnen zustehen, kann er, wenn sie ihm bestritten oder durch einen verfassungswidrigen Majoritätsbeschluß entzogen werden, im Wege der Klage verfolgen.[467]) Die durch die eigentümliche Natur des Verhältnisses gebotene Ausschließung des individuellen Verfügungsrechts, die Unterordnung des einzelnen unter den Willen der Majorität bei verfassungsmäßigen Beschlüssen, prägt diesen Rechten zwar auch nach der

---

467) Das römische Recht gibt zwar den Namen der Klage nicht an, allein daß es dies Verhältnis nicht ohne Rechtsschutz gelassen haben wird, darüber kann doch verständigerweise wohl kein Zweifel obwalten, oder hätten z. B. die Mitglieder der römischen Publikanengesellschaften keinen klagbaren Anspruch auf die auf ihre Aktie fallende Dividende gehabt?! Für das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) in bezug auf die demselben unterliegenden Korporationsgüter, z. B. an den zum Gemeingebrauch bestimmten Lokalitäten, Weiden, Wäldern, bietet die act. popularis (s. u.) eine passende Analogie.

innern Seite hin einen von dem Typus der gewöhnlichen Rechte abweichenden Charakter auf, entzieht ihnen aber den Charakter von Rechten nicht. Wer dies leugnen will, muß den Nachweis führen, daß unſere Definition der Rechte als rechtlich geſchützter Intereſſen oder als Selbſtſchutz der Intereſſen auf einem Fehler beruht.

Die hier entwickelte Auffaſſung war übrigens den Römern ſelber ſo wenig fremd, daß man ſie umgekehrt als die altrömiſche bezeichnen kann,[468] wie ſie denn überhaupt nur da ſich wird verleugnen können, wo der Gemeinſinn, das Gefühl, das jeder in dem Allgemeinen zugleich das Seinige beſitzt, in demſelben Maße danieder liegt, als die Herrſchaft der juriſtiſchen Formel blüht — nur auf einem gänzlich ungeſunden Boden konnte die bekämpfte Theorie zur Reife gelangen.

Eine noch kompliziertere Geſtalt nimmt das obige Verhältnis

---

468) Bezeichnung der Korporation mit dem Namen der einzelnen: gentiles, cives, municipes, socii vectigalium publicorum, publicani, coloni, decuriones, virgines vestales, sacerdotes. So wird denn auch das Vermögen der Korporation als das der Mitglieder bezeichnet, z. B. agri virginum vestalium (Hyginus ed. Lachmann gromatici veteres S. 117) proprietates ad colonos pertinent (Aggenus ibid. p. 80). Quorum (municipum) omnes facultates ... locaque communia (Cic. ad fam. XIII, 11), auch von Juriſten, z. B. L. 41 de A. R. D. (41. 1) .. civium non esse ... tuendi cives. L. 7 § 2 Quod. cui. (3. 4) .. cum jus omnium in unum reciderit. L. 1 § 2 ibid. quod eorum commune erit. L. 11 § 1 quod vi (43. 24) .. res eorum, und in den Geſetzen ſ. z. B. Tab. Malae. c. 60: praedes in commune municipium dato: pecuniam communem eorum salvam iis fore. Jene Ausdrücke: municipes, cives waren übrigens zweideutig, es konnten mit ihnen z. B. bei einem Legat auch die einzelnen Individuen als ſolche (demonstrationis causa) gemeint ſein. In dieſem Fall ward das Legat an die ſämtlichen im Augenblick des Todes vorhandenen Mitglieder verteilt, im entgegengeſetzten Fall fiel es an die Gemeinde, wurde „pecunia communis municipum“ im obigen Sinn. Siehe über dieſen bisher kaum beachteten Gegenſatz L. 20 de reb. dub. (34. 5) und L. 2 ibid. L. 23 de ann. (33. 1). So erklärt ſich Ulp. XXII § 5: nec municipia, nec municipes, worin Savigny, Syſtem B. 2 S. 249 eine bloße Ausdrucksverſchiedenheit erblicken will.

bei den Stiftungen an. Daß auch bei ihnen der Zweck und Schwerpunkt dieser ganzen Rechtsmaschinerie nicht in letzterer selbst, sondern in den natürlichen Personen liegt, denen die Stiftung zugute kommen soll, daß die Personifikation derselben also nichts als eine Form der Zuwendung und Bestimmung eines Vermögens für die Zwecke und Interessen unbestimmter Personen ist, wird auch hier keiner Ausführung bedürfen.[468a]) Die Armen, Kranken, Witwen, Waisen, Kunstfreunde sind die Destinatäre der entsprechenden Stiftungen.[469]) Aber sind sie auch Subjekte derselben, d. h. nimmt diese ihre Berufung zu den Nutzungen derselben den Charakter eines Rechts an? Dies entscheidet sich danach, ob sie eine Klage haben. Ist die Berufung zu der Stiftung in einer Weise geschehen, daß die Person des zum Eintritt oder Genuß Berechtigten im einzelnen Fall völlig bestimmt ist, so liegt ein stiftungsmäßiger Anspruch vor, dessen klagweise Verfolgung gar keinem Anstand unterliegen kann. Wie aber, wenn dies nicht der Fall, wenn also die Aufnahme der einzelnen Benefiziaten rein dem Ermessen der verwaltenden Behörde überlassen ist? Hier kann von einer Klage nicht die Rede sein — es handelt sich hier um einen Akt der Administration, nicht der Justiz. Aber wenn es nun der Administration gefiele, die ganze Stiftung ihrem Zweck zu entfremden, die Kunstanstalt z. B. zu schließen oder bloß Künstlern den Zutritt zu verstatten — ist denn das Publikum dagegen machtlos? Ich meine damit nicht

---

468a) Die einseitige formal-juristische Behandlungsweise des Rechts, welche das Zweckmoment völlig aus dem Auge verliert und sich auf diese Beschränktheit wohl gar noch etwas einbildet, hat freilich dem Verhältnis eine Gestalt gegeben, in der man es kaum wiedererkennt, man sehe z. B. die Darstellung desselben bei Mühlenbruch, Rechtl. Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 69 fl., womit zu vergleichen die Auffassung seiner Gegner S. 90 fl.

469) In der späteren römischen Zeit wurden bei einer zu ihren Gunsten beabsichtigten Stiftung nicht selten sie selber zu Erben eingesetzt, z. B. die pauperes, captivi, L. 24, 28, 48 Cod. de episc. (1. 3), L. 19 Cod. de sacr. eccl. (1. 2).

den Weg der Beschwerde bei der obersten Staatsbehörde, sondern den Weg des Rechts. In der Tat hat das spätere römische Recht denselben eröffnet,[470]) es verstattet jedem eine actio popularis auf Realisierung einer in einer letztwilligen Urkunde errichteten Stiftung. Unserer Definition des Rechtsbegriffes zufolge würde demnach auch hier ein Recht anzunehmen sein, denn die beiden Momente: das Interesse und der Selbstschutz desselben liegen vor. Daß der Kläger nicht ausschließlich sein persönliches Interesse, sondern in und mit demselben zugleich das allgemeine verfolgt, steht der Annahme eines Rechts nicht entgegen — es ist eben eine actio popularis.

Ganz dieselbe Erscheinung wiederholt sich bei dem Rechtsverhältnis an res sacrae, religiosae und res publicae. Nur scheinbar wird an diesen Sachen die Möglichkeit eines Rechtsverhältnisses geleugnet, indem sie von den römischen Juristen zu den res extra commercium gezählt werden. Denn commercium ist keineswegs gleichbedeutend mit Möglichkeit eines Rechtsverhältnisses, die Bedeutung dieses Ausdrucks ist vielmehr eine ungleich engere, nämlich: rechtliche Möglichkeit Handelsobjekt (merx, mercari, commercium) zu sein, verkauft zu werden. Der Mangel dieser Eigenschaft entrückt die Sache im mindesten nicht dem Dienst des Menschen — welche Sachen dienen ihm z. B. mehr, als gerade die res publicae? —, sondern beschränkt nur diesen Dienst ausschließlich auf eine der oben S. 346 aufgeführten Genußformen, nämlich auf die der Bestimmung der Sache entsprechende reale Benutzung derselben mit Ausschließung jeder anderen Genußform, namentlich auch der juristischen mittelst Verkaufens oder Vermietens, kurz auf das

470) Justinian in der nicht glossierten const. 45 [46]; L. 6 Cod. de episc. 1. 3) . . et cuicunque civium idem etiam facere licentia erit. Cum enim sit communis pietatis ratio (gemeinnütziges Interesse), communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.

„uti“.[471]) Ganz dieselbe Beschränkung wiederholt sich auch bei den Prädialservituten und der persönlichen Servitut des Usus. Sowenig wie bei ihnen, so wenig schließt diese Beschränkung bei den res sacrae, religiosae und publicae die Annahme eines Rechts an der Sache aus. Bei den beiden erstgenannten Arten von Sachen kommt dasselbe dem Eigentum ziemlich nahe, wie dies die römischen Juristen ausdrücklich bemerken.[472]) Es ist ein exklusives Recht wie dieses und ist ebenso vollständig geschützt, nur daß die Form der Klagen eine andere ist.[473]) Das Recht an den res religiosae konnte sogar übertragen werden, nur nicht für Geld (Note 460), es entstand durch longi temporis praescriptio,[474]) kurz es fehlte ihm nichts zum Recht an der Sache.[475]) Ihm diese Eigenschaft bestreiten kann nur derjenige, welcher das Eigentum und die ihm entwachsenen Rechte für die einzig mögliche Form des Rechts an der Sache hält. Erkennt man diesen

---

471) Im neuesten Recht ist bei den res sacrae unter gewissen Beschränkungen der Verkauf zugelassen L. 21 Cod. de sacr. (1. 2) Nov. 120 c. 10.

472) L. 2 § 2 de int. (43. 1) . . veluti proprietatis causam continent. Tit. Cod.: Ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis exceptione summoveatur (7. 38). L. 21 Cod. de sacr. eccl. (1. 2); von dem Grabmal gebrauchten schon römische Juristen den Ausdruck dominus, L. 6 de sep. viol. (47. 12) oder erkannten doch, wenn sie an der Strenge des Begriffs festhielten, die Anwendbarkeit der nötigen Rechtsschutzmittel auf dasselbe an L. 13 § 5 quod vi (43. 24).

473) Nicht die reivindic. [L. 4 Cod. de relig. (3. 44), von Alexander Severus], sondern Interdikte (Note 472) und actiones in factum s. z. B. L. 43 de R. V. (6. 1). Für die spätere Zeit hatte dieser formelle Gegensatz seine Bedeutung verloren, hier konnte man daher die Klage geradezu als vindicatio bezeichnen, s. den in der vorigen Note zitierten Kodextitel.

474) Nach L. 6 Cod. de rel. (3. 44), nicht nach L. 4 de mort. inf. (11. 8).

475) Darum sprechen denn auch die Quellen nicht bloß von einem jus prohibendi des Berechtigten L. 8 § 4 de relig. (11. 7), sondern geradezu von einem jus sepulcri und jura sepulcrorum, L. 4 de mort. inf. (11. 8), L. 3 § 9 de sep. viol. (47. 12). L. 4, 6, 8, 13 Cod. de rel. (3. 44), von einem jus monumenti, L. 13 § 7 Damni inf. (39. 2), von dem „Interesse“ dessen, dem das Grabmal gehört (ad quem pertinet L. 3 pr. § 8—10 cit.

Irrtum als das, was er iſt,[476]) ſo wird man auch über die Natur des Rechtsverhältniſſes an den res publicae nicht im Zweifel ſein können. Dasſelbe iſt in keiner Weiſe erſchöpft, wenn man es lediglich auf die rechtliche Qualität des Gegenſtandes als einer dem Verkehr entzogenen und dem allgemeinen Gebrauch überwieſenen Sache ſtellt und es demgemäß bei der Lehre von Eigenſchaften der Sachen erörtert,[477]) gleich als handle es ſich hier lediglich, wie bei der res nullius, um den rechtlichen Zuſtand einer Sache. Der Sache ſteht hier vielmehr eine Perſon gegenüber, der ſie dient,[478]) und nicht bloß zufällig, faktiſch, ſondern vermöge rechtlicher Notwendigkeit — in dieſem Dienſt, in dieſer ihrer totalen Hingabe an den gemeinen Gebrauch (usus publicus) geht ihre ganze Beſtimmung auf.[479]) Zu einem Recht aber geſtaltet ſich das Verhältnis erſt dadurch, daß den Deſtina-

476) Gegen dieſen Irrtum habe ich mich bereits früher in zwei den Baſeler Feſtungsſtreit betreffenden Gutachten (1862. No. 1 Leipzig, No. 2 Baſel) ausgeſprochen. Das Eigentum iſt nicht die einzige Form des „Gehörens". Meine Haare gehören mir, und wenn ſie abgeſchnitten ſind, fallen ſie in mein Eigentum, daraus folgt aber noch nicht, daß ſie mir ſchon vorher in dieſer Form gehören müßten. So „gehören" auch die res publicae dem Staat und, wenn ſie dem Gemeingebrauch entzogen ſind, fallen auch ſie unter die Form des gewöhnlichen Eigentums, daraus folgt aber nicht im mindeſten, daß das Gehören, das „populi universitatis esse" ſchon früher dieſe Form an ſich tragen müſſe. Auch von den im Gemeingebrauch ſtehenden Sachen (res publicae) heißt es: „universitatis esse creduntur", gleichwohl aber wird von ihnen geſagt: das „nullius in bonis d. h. im Eigentum) esse creduntur" L. 1 pr. de R. D. (1. 8), und die res „quae communes omnium sunt", ſtehen nicht im Miteigentum.

477) Der erſte, der ſich von dieſer althergebrachten Sitte losgeriſſen hat, iſt Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts B. 1 (1862) § 146. Bis zur Anerkennung des von mir bereits vor dem Erſcheinen dieſes Werks in dem obigen erſten Gutachten poſtulierten Recht des Gemeingebrauchs iſt auch er freilich noch nicht vorgegangen.

478) Privatorum usibus deserviunt, L. 2 § 2 Ne quid i. l. p. (43. 8).

479) L. 2 § 5 cit.: publico usui destinata sunt. L. 83 § 5 de V. O. (45. 1): usibus publicis in perpetuum relicta. § 2 I. de inut. stip. (3. 19): usibus populi perpetuo exposita.

täten: den Staatsangehörigen, Gemeindemitgliedern — dem Fremden kommen diese Sachen bloß in Form der Reflexwirkung zugute — eine Klage: die oben berührte actio popularis eingeräumt ist, und zwar nicht etwa bloß zur Verfolgung des allgemeinen, sondern auch des eigenen Interesses (I. 202). Daß die römische Rechtstheorie dieses Recht nicht mit registriert hat,[480]) darf uns ebensowenig wundernehmen, als abhalten, das Versäumte nachzuholen.

Indem wir letzteres tun, werden wir nicht umhin können, das Recht des Gemeingebrauchs unter die Zahl der Rechte an den Sachen aufzunehmen. Zu dem Ende bedarf freilich der letztere Begriff oder richtiger der Begriff des Rechts überhaupt einer Erweiterung.

Derselbe spaltet sich in zwei Äste: das Individualrecht und Gemein- oder Gesamtrecht. Der Charakter des ersteren besteht in dem Moment der Ausschließlichkeit, der exklusiven Berechtigung, womit die Möglichkeit einer Teilung des Rechts nicht im Widerspruch steht — in jeder Quote des Rechts wiederholt sich die Kontraktion des Rechts auf sich selbst seine Absperrung nach außen hin. Bei den meisten dieser Klasse angehörigen Rechten gesellt sich noch das Moment der absoluten Herrschaft d. i. der freien Dispositionsbefugnis oder, wie ich es bezeichnet habe (S. 349), die Wahl der Genußformen, hinzu. Wie wenig wesentlich aber dies Moment ist, zeigen die auf den bloßen usus beschränkten Servituten und das obige Recht an res religiosae, welches ebenfalls zur Klasse der Individualrechte gehört.

Der Charakter der zweiten Klasse beruht auf der Abwesenheit des exklusiven Moments oder, positiv ausgedrückt, auf der unge-

480) Obschon sie den diesem Verhältnis innewohnenden Rechtsgehalt gelegentlich anerkennt, s. z. B. L. 2 § 2 Ne quid in l. p. (43. 8) . , tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Bei den Byzantinern (Schol. 30 Bas. lib. 60 tit. 4 l. 5) kommt der Ausdruck: *δίκαιον δημοτικὸν* (jus populare, nicht publicum) vor.

teilten und unteilbaren Gemeinſamkeit des Genuſſes. Zu den Rechten dieſer Klaſſe zählen außer dem Rechte des Gemeingebrauchs auch die oben beſchriebenen, welche jemand als Mitglied einer Korporation (Genoſſenſchaft) oder als Deſtinatär einer milden Stiftung hat. Alle dieſe Rechte ſind geknüpft an die Zugehörigkeit zu einem gewiſſen Kreiſe von Perſonen, möge er weit oder eng ſein, ſie entſtehen mit dem Eintritt, ſie hören auf mit dem Austritt. Ihre Beſtimmung und ihr Nutzen erſchöpft ſich nicht in den Intereſſen dieſer gegenwärtigen Subjekte, ſondern ſie haben die Intereſſen der Gattung, auch der kommenden Generationen zum Gegenſtande. Eben daraus ergibt ſich für ihre legislative Geſtaltung ein folgenreicher Geſichtspunkt. So wie der Staat in vormundſchaftlicher Fürſorge ſich der Perſonen annimmt, die ſelber ihre Rechte nicht wahren können, ſo wie dem Ungebornen ſein Anteil an der auf ihn gefallenen Erbſchaft geſichert wird, ſo hat auch der Staat für die kommenden Geſchlechter Fürſorge zu treffen und darüber zu wachen, daß nicht eine egoiſtiſche Gegenwart einen Raub an ihnen begehe, indem ſie das auch für ſie mit Beſtimmte ſeiner Beſtimmung entfremde und lediglich für ihre Zwecke verzehre.[480a]) Aber anderſeits hat doch das lebendige Geſchlecht ein höheres Recht, als das noch ungeborne, die Not des Tages einen dringlicheren Anſpruch, als die Rückſicht auf die Zukunft, es kann Fälle geben, wo ein Angreifen des Kapitalvermögens oder die Veränderung des Beſtimmungszweckes vollkommen gerechtfertigt iſt.[481]) Dieſe Vermittlung zwiſchen den Intereſſen und Rechten der Generationen, zwiſchen dem Stiftungswillen der Vergangenheit, der Not der Gegenwart und der Anwartſchaft der Zukunft iſt eine Frage der höheren hiſtoriſchen Gerechtigkeit, wie ſie nicht ein für allemal durch eine im voraus feſtgeſetzte ſtarre Rechtsregel, ſondern nur durch die freie Ein-

480a) Siehe meine Abhandl. über die paſſiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrb. X. S. 436.

481) Beide Geſichtspunkte ſind von Juſtinian richtig erkannt; der eine in L. 45 [46] § 9 Cod. de episc. (1. 3), der andere in L. 2 Cod. de sacr. eccl. (1. 2) und Nov. 120 c. 10.

sicht der obersten Staatsgewalt befriedigend gelöst werden kann — das Recht geht bei diesem Punkt in die Administration über.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, unsere Definition des Rechts an einigen Verhältnissen zu erproben, bei denen man bisher des Vorhandensein eines Rechts übersehen hat. Auch bei dem Besitz ist bekanntlich die Frage, ob er zu den Rechten zu zählen, und zu welcher Klasse derselben, außerordentlich streitig. Wenn die bisher entwickelte Begriffsbestimmung des Rechts richtig ist, so versteht sich die Bejahung der ersteren Frage von selbst: der Besitz ist ein rechtlich geschütztes Interesse.[482]) Da dies Interesse aber die Sache zum Gegenstande hat, und zwar unmittelbar (nicht wie bei der Obligation mittelbar), so ist der Besitz zu den Rechtsverhältnissen an der Sache zu stellen. Ganz dasselbe gilt von der bonae fidei possessio. Daß weder diese beiden Verhältnisse noch die Rechtsverhältnisse an den res publicae und religiosae der Aufnahme unter die Sachenrechte gewürdigt sind, hat nur darin seinen Grund, daß man ganz unkritischerweise den Begriff des Rechts an der Sache lediglich nach dem Eigentum und den jura in re aliena zuschnitt, gleich als erschöpften sie die rechtlichen Beziehungen des Menschen zur Sache, oder als seien die übrigen, weil sie hinter ihnen an Rechtsgehalt zurückstehen, nicht ebenfalls rechtlich geschützte Beziehungen zur Sache. Der Besitzer und bonae fidei possessor, sagt man, weichen dem Eigentümer.

---

482) Die römischen Juristen erkennen das mit dem Besitz verbundene Recht nicht selten an, z. B. L. 2 Uti poss. (43. 17) und L. 36 i. f. de poss. (41. 2): plus juris. L. 2 § 38 Ne q. i. l. p. (43. 8) jure possessionis fruitur, L. 44 pr. de poss. (41. 2) jus possessionis non videri peremtum, L. 38 § 3 de V. O. (45. 1) . . minuitur ex jure, quod habuit. Wenn sie anderseits dagegen den Besitz als etwas Faktisches bezeichnen, so steht das damit keineswegs im Widerspruch. Das Faktum des Innehabens ist die Grundlage für das Recht des Besitzes, in derselben Weise, wie das Faktum der physischen Existenz des Menschen die Grundlage für das mit ihr verbundene Recht der Persönlichkeit. Hier wie dort geht das Recht mit dem Faktum unter, aber die Ansprüche aus einer Verletzung desselben dauern fort.

Gewiß! aber hat nicht letzterer auch dem Pfandgläubiger zu weichen, und dieſer wiederum jenem, wenn derſelbe die Schuld abtragen will? Gehört es zum Begriff des Rechts an der Sache, daß es keinem andern weicht? Hört das Eigentum des Verkäufers dadurch auf, Eigentum zu ſein, daß dem Käufer ein Zwangsrecht auf Übertragung desſelben zuſteht? Nur die fixe Idee, als ob der Begriff eines Rechtsverhältniſſes an der Sache durch den Charakterzug des Abſoluten bedingt ſei, hat es in meinen Augen verſchuldet, daß man dem Beſitz den Charakter eines Rechts abgeſprochen hat. Der Beſitz iſt ein minderes Recht als das Eigentum, aber da er, ſolange er beſteht, auf den Rechtsſchutz Anſpruch hat, fällt er als rechtlich geſchütztes Intereſſe der Perſon an der Sache unter den Begriff des Rechts.

Ich glaube die praktiſche Bedeutung des Beſitzes mit einem Wort wiedergeben zu können, indem ich ihn als das *Eigentum in der Defenſive* bezeichne. Es wäre um das Eigentum geſchehen, wenn der Eigentümer, um ſich im Genuß ſeines Rechts zu ſchützen, jedesmal ſein *Eigentum* beweiſen müßte; die Vollſtändigkeit des Eigentumsſchutzes poſtuliert vielmehr mit abſoluter Notwendigkeit den Satz, daß ſchon die bloße *Tatſächlichkeit* des Eigentums, d. i. der Beſitz, reſpektiert und geſchützt werden müſſe.[482a]) Die Beſitzrechtsmittel repräſentieren die Defenſive, die rei vindicatio die Offenſive im Eigentum. Indem aber dieſer defenſive Schutz des Eigentums, der nicht minder wie der offenſive innerhalb *ſeiner* Sphäre ein abſoluter iſt, d. h. gegen *jeden* erteilt wird, der das Eigentum von *dieſer* Seite antaſtet, von dem *Beweis* des Eigentums entbunden wird, ergibt ſich daraus die notwendige Konſequenz, daß auch der beſitzende Nichteigentümer desſelben teilhaftig wird — um den Eigentümer als Beſitzer, mußte man den Beſitzer ſchlechthin, d. h.

482a) Die obige Idee iſt inzwiſchen des nähern von mir ausgeführt in meiner Schrift: Über den Grund des Beſitzſchutzes. Aufl. 2 Jena 1869.

auch den unberechtigten Besitzer schützen[482b]), das ist aber nicht der Zweck des Instituts, sondern lediglich eine unabwendbare Folge — der Preis, um den man dasselbe erkaufen mußte. Damit aber gestaltete sich der Besitz zu einem selbständigen Rechtsverhältnis neben und außer dem Eigentum, also zu einem Recht an der Sache. Das Charakteristische desselben läßt sich mit einem Wort bezeichnen als eine zur Selbständigkeit des Schutzes und Rechts erhobene Situation des Eigentums.

Von der b. f. possessio gilt ganz dasselbe: sie ist eine zur Selbständigkeit des Rechts erhobene Form des offensiven Schutzes des Eigentums. Daß ihr der Charakter eines Rechts an der Sache zukommt, würde in einem Recht, das den Schutz und die Idee des Eigentums lediglich in dieser minderen Form anerkannt hätte, niemand bezweifeln, und nur dem Umstand, daß das römische Recht neben dieser schwächern Form noch die stärkere der reivindicatio ausgebildet hat, ist es meines Erachtens zuzuschreiben, daß man jenes Rechtsverhältnis bisher nicht als eine Eigentumsform anerkannt, dasselbe vielmehr im System in derselben Weise unter der actio Publiciana hat verschwinden lassen, wie das Rechtsverhältnis an den res publicae und religiosae unter der Lehre von den Sachen. Diese systematische Stellung und die darin sich kundgebende Auffassung würde richtig sein, wenn die Publiciana lediglich dem Eigentümer zugedacht, also an den Beweis des Eigentums geknüpft wäre. Da sie aber gerade dafür bestimmt ist, diesen Beweis durch einen leichteren zu ersetzen, den auch der Nichteigentümer erbringen kann, so gestaltet sie sich eben damit zum Schutzmittel eines selbständigen sachenrechtlichen Verhältnisses außer und neben dem Eigentum. Möge dasselbe im Zusammenstoß mit dem Eigentum immerhin unterliegen, gleichwie der Besitz im Zusammenstoß mit einem von ihnen beiden — solange dieser Zusammenstoß nicht erfolgt ist, bewegen

---

482b) Seneca de beneficiis IV. 28: quaedam non poterant ceteris ontingere, nisi universis darentur.

sie sich innerhalb der ihnen zugewiesenen Bahnen ganz mit der Kraft und Autorität eines Rechts. Die Voraussichtlichkeit des Unterganges beim Eintritt eines gewissen Umstandes schließt die Existenz des Rechts bis zu diesem Eintritt in keiner Weise aus (III. 656).

Für die praktische Jurisprudenz hat das eben Entwickelte nicht den geringsten Wert, und schwerlich würden sich die römischen Juristen die Mühe genommen haben, die berührten Fragen eingehender zu behandeln. Ihr Standpunkt war der unmittelbar praktische der Klage. Wie das der Klage zugrunde liegende Recht systematisch zu charakterisieren und klassifizieren sei, kümmerte sie wenig, — hat man doch sogar behauptet, daß sie nicht einmal beim Pfandrecht die Abstraktion von der Klage auf das Recht gemacht, sondern sich bei der Vorstellung der Pfandklage beruhigt hätten. Unser heutiger Standpunkt ist aber, wie bereits an der angeführten Stelle bemerkt ward, ein gänzlich anderer geworden, das Fundament unserer heutigen wissenschaftlichen Systematik bildet nicht die Klage, sondern das Recht. Aber freilich fehlt noch viel an der konsequenten Durchführung desselben; mit dem einen Fuß stehen wir auf dem römischen, mit dem andern auf dem modernen Boden, unsere Systematik der Rechte und der Klagen schiebt sich nicht selten in wunderbarster Weise durcheinander, die in rem actiones finden ihren Platz bei den Rechten, denen sie dienen, aber die ebenfalls zum Schutz dieser Rechte bestimmten in personam actiones (z. B. die actio aquae pluviae arcendae, die cautio damni infecti u. a. m.) wandern ins Obligationenrecht. Weniger um diesen Mangel aufzudecken, als um die aufgestellte Definition des Rechts gegen einige naheliegende Einwendungen zu verteidigen, war ich gezwungen, die Verhältnisse, denen man letztere entnehmen konnte, einer Betrachtung zu unterziehen. Eine weitere Verfolgung des Verhältnisses zwischen Recht und Klage ist an dieser Stelle weder geboten noch tunlich.

Sachregiſter.

(Die eingeklammerten Ziffern betreffen die Anmerkungen. Sie ſind vielfach lediglich behufs leichterer Auffindbarkeit der angezogenen Stellen beigefügt. Von den römiſchen Zahlen bedeutet I. den erſten Teil, II. den zweiten Teil, erſte Abteilung, III. den zweiten Teil, zweite Abteilung, IV. den dritten Teil, erſte Abteilung. R. = Recht, o. = oben, u. = unten.)

A.

Abdikation des Magiſtrats II. 284 (454). IV. 231.

Aberglaube I. 352 (256). III. 616 (847).

Abfindungsſumme s. poena.

Abſolut, angeblicher abſoluter Charakter gewiſſer Rechtsbegriffe III. 347; IV. 313; — Gegenſatz des Abſoluten und Relativen, ausgedrückt in der Formel des Rechtsgeſchäfts III. 485; bei der Exceptio IV. 107; — bei der Ungültigkeit (Richtigkeit, Vitioſität) IV. 227. 230; — bei der Äſtimation II. 110.

Absolve in der formula; Notwendigkeit III. 619 (854).

Abſtrakte Rechtsſätze III. 342; —. Eigentumsübertragung IV. 210; — Obligation IV. 215 (265b) — Pfandrecht IV. 215 (265b); — abſtrakt u. ſpezifiſch beſtimmtes Subjekt bei der Klage IV. 42 unten. — abſtrakte u. konkrete Analyſe IV. 178.

Abſtraktion, juriſtiſche II. 298; III. 337; — die Abſtraktion gegenüber den natürlichen Unterſchieden der Dinge II. 89. 108 oben, 141 unten.

Abweſenheit, Rechtsgeſchäft unter Abweſenden III. 664. — Berückſichtigung derſelben ſeitens der individualiſierenden Tendenz des ſpätern R. R. I. 65.

Actio als ſyſtematiſche Kategorie I. 268;

— ad exhibendum II. 116 (129); IV. 31, 47;

Actio aquae pluviae arcendae Stellung im Syſtem IV. 368; — IV. 46 (34); — III. 654 (905) Interpretation von si nocet — III. 460 (631);

— arbitraria Erlangung der beſtimmten Sache ſtatt des Geldwertes IV. 343 (451); — I. 78;

— arborum furtim caesarum III. 654, IV. 29 (7a);

— auctoritatis I. 157; — II. 116 (128); — III. 546 (728) Anwendungsgebiet; IV. 140. IV. 108;

— communi dividundo Verhältnis derſelben zur pro socio IV. 42;

— confessoria II. 231; — Formulierung IV. 85 (96) — Korreſpondenz zwiſchen Begründung und gerichtl. Geltendmachung des Rechts III. 628 (866); — nicht auf Schadenerſatz gerichtet IV. 30 (10), 47 Abſ. 2; keine contravindicatio IV. 101 (127); — Erzwingbarkeit der Duldung notwendiger Wegereparaturen IV. 29 (9);

— de constituta pecunia IV. 158;

— de eo quod certo loco IV. 220 (271);

— de peculio II. 171; Abzug bei derſelben IV. 74;

— depensi des Bürgen gegen den Schuldner II. 116 (130) Litiskreszenz beim Leugnen des Beklagten;

— depositi II. 116 (127);

— de servo corrupto III. 426;

— de tigno juncto II. 116 (128); Konſtruktion III. 373, 654;

Actio emti Zuläſſigkeit der Klagenkumulation IV. 35 (19);
— exercitoria der neueren Zeit angehörig II. 101 (101); II. 247 (380) Sklavenwirtſchaft. — III. 339.
— familiae erciscundae IV. 32 (14); — bei einer Mehrheit denſelben Parteien gemeinſchaftlicher Erbſchaften IV. 35;
— funeraria I. 294 (197);
— furti concepti II. 159 (208); prohibiti II. 160. — furti Formulierung IV. 56 (44);
— in factum concepta IV. 58 (45); ein- und zweigliedrige Faſſung derſelben IV. 59; in jus concepta IV. 60;
— in factum propter alienationem judicii mutandi causa IV. 29;
— injuriarum aestimatoria I. 65; individualiſierende Tendenz des ſpäteren R. R. IV. 342 (450); II. 120 (138);
— in rem und in personam abſoluter Gegenſatz im ältern R. IV. 198; — II. 116 (129) Verurteilung des Bekl. auf doppelte Früchte bei den act. in rem;
— institoria IV. 223 (276) Verfolgung der Rechte mehrerer Gemeinſchaftsintereſſenten durch einen ihnen gemeinſamen Sklaven; II. 101 (101) der neueren Zeit angehörig; II. 247 (380) Sklavenwirtſchaft; III. 339.
— judicati II. 116 (130) Litiskreszenz;
— legis Aquiliae II. 120 (138) Berückſichtigung des Intereſſes;
— mixta IV. 28 u., IV. 92 (113);
— negatoria II. 231; III. 628; Formulierung IV. 85 (96); Zwang zur Wahl derſelben IV. 84; nicht auf Schadenerſatz gerichtet IV. 30 (10), 47 Abſ. 2;
— Pauliana II. 150; III. 427 (584b);
— pro socio bei einer Mehrheit zwiſchen denſelben Parteien beſtehender Sozietäten IV. 35 (19); ihr Verhältnis zur actio communi dividundo IV. 42, IV. 76 (77);
— Publiciana III. 339, IV. 105 (129d), IV. 308 (422);
Actio quanti minoris II. 110 (117), III. 339;
— quod metus causa IV. 110, 213 (264), IV. 126, IV. 320 (430); actio und exceptio q. m. c. Organiſation der prozeſſualen Verteidigung IV. 49 (35);
— quod jussu Verfolgung der Rechte mehrerer Gemeinſchaftsintereſſenten durch einen ihnen gemeinſamen Sklaven IV. 223 (276);
— rationibus distrahendis II. 116 (127), 296 (469), IV. 200;
— recepticia IV. 218 (267a); — aus den Bedürfniſſen des röm. Wechſelverkehrs entſtanden IV. 220;
— redhibitoria III. 339;
— sepulcri violati IV. 113 (139);
— Serviana dinglicher Schutz des Pfandrechts zuerſt beim Pachtverhältnis eingeführt III. 340;
— suspecti tutoris I. 186;
— tributoria II. 247 (381) Sklavenwirtſchaft;
— tutelae II. 296 (469);
— vi bonorum raptorum IV. 29 (8).
Actiones populares I. 186, 201, 211; — in den Fällen unſerer heutigen Polizeikontraventionen II. 83, 135 (145b); — IV. 113 (139), 121 (159), 125 (164), 355, 360 (470);
Actiones praejudiciales bei der Dos IV. 71; — bei der quarta Falcidia IV. 73 (70); beim Patronat IV. 97 (120).
Actor I. 174.
Actus legitimi III. 592 (798f).
Abdiktion I. 130, 138.
Ädilen II. 251 (387).
Adoption, Form II. 186 (275), III. 525, 553; — Solennität II. 17; — Unübertragbarkeit der Rechte III. 437 (599); — Vornahme in Rom III. 607; — in concione III. 525 (681b); Struktur IV. 158; Mißbrauch zu vermögensrechtl. Zwecken, Scheinadoptionen IV. 267 (342), III. 469 (643), IV. 268 (347); — zum Zwecke der transitio ad plebem IV. 277, 296 — Verſchiedenheit nach dem Geſchlecht des zu Adoptierenden 103 (106); — Einheit des Aktes IV.

158—169 Unzuläſſigkeit des dies und der conditio; — regia IV. 277, 299 (404).
Adpromissor IV. 254 (328).
Adstipulator IV. 254 (328).
Ager publicus I. 200. — Romanus III. 670 (933); — II. 152 lex Licinia Sextia; — II. 253 Landanweiſungen.
Agere cum compensatione, deductione IV. 80 (86).
Agnation, Gegenſatz zur Kognation, Zuſammenhang mit der Gentilverfaſſung I. 206.
Aktionen, prozeſſualiſche Individuen IV. 32; — Beiſpiele IV. 27—31; — Unzuläſſigkeit der Klagenkumulation IV. 33.
Aktionenſyſtem IV. 20.
Akzeptilation III. 593 (801), 627; IV. 218. — bei einer bedingten Schuld IV. 164 (201); IV. 255, 307 (422) Vornahme durch Mittelsperſonen.
Akzeſſion III. 387.
Alienation, urſprünglicher u. ſpäterer Begriff III. 427 (584b); — in fraudem creditorum II. 150.
Alphabet des Rechts I. 42; III. 334 u. flg.; Vergleichung mit dem der Sprache III. 345 u.
Alter, jugendliches, Einfluß im Recht II. 105; — hiſtoriſches, als Beſtimmungsgrund für die Reihenfolge bei der Aufzählung III. 616 (848).
Ambulatoria est voluntas defuncti uſw. II. 226 (352).
Analogie ſ. Ausdehnung.
Analyſe, logiſche, des Rechts I. 39; II. 140; III. 334; — abſtrakte im Gegenſatz zur konkreten IV. 178; — auf dem Gebiet der Religion III. 399 flg., IV. 11.
Analytiſche Methode IV. 11; — im Prozeß IV. 15; — beim Rechtsgeſchäft IV. 134; — bei den Rechtsbegriffen IV. 178, 206.
Anerkennung IV. 216 (266).
Anfangsbildung, Charakter derſelben I. 307.
Anfechtungsklagen, relative, abſolute IV. 212.
Anſchauung des Laien III. 317; — des juriſtiſchen Körpers III. 384; — naturhiſtoriſche in Anwendung auf das Recht III. 358, 359.
Antretung der Erbſchaft III. 522.
Applicatio I. 236 (130b).
Apprehenſion, heimliche, Beſitzerwerb bei beweglichen Sachen II. 108 (115).
Aquae et igni interdictio I. 287.
Aequitas wahre und falſche Gleichheit II. 91 (89).
Arbiter liti aestimandae I. 137 flg.; 175; IV. 195.
Arbitrari, Gebrauch des Wortes III. 610 (833).
Arbitrium de re restituenda IV. 256.
Arbor infelix I. 278.
Argentarius, Klage IV. 43 (26), 80 (85).
Arrogation, Sicherung der Gläubiger durch die öffentliche Form derſelben III. 500 (667a); 513; — unter öffentlicher Garantie abgeſchloſſen I. 220; — Mitwirkung des Volkes III. 525; — Veränderung ihrer Form III. 513; — Unterſuchung bei derſelben IV. 267 (345); — Verwendung zu vermögensrechtlichen Zwecken IV. 268; — Vornahme in Rom III. 667; — zum Zweck der transitio ad plebem IV. 296; — Verſprechen des arrogator impuberis an den servus publicus zwecks Kaution für die Reſtitution des Vermögens IV. 251; — IV. 169.
Ars illiberalis II. 246.
Aſſignation von Land II. 253.
Aſſoziation, Anerkennung des Rechts dazu in den XII Tafeln II. 65 (54).
Äſthetiſches Intereſſe der Rechtsgeſtaltung III. 380, 485, 508, 562.
Äſtimation, objektive (abſolute), ſubjektive (relative) II. 110; — richterliche I. 174; III. 435; IV. 342 u.
Aſyl I. 288.
Auctoritas tutoris III. 587 (796a), 615 (842); — actio auctoritatis, ſ. actio.
Auffaſſung natürliche, ſiehe Anſchauung.

Augur I. 347, 356; Gültigkeit seiner Verkündigung auch im Falle der Unwahrheit IV. 228.
Ausdehnung, analoge I. 32 u.; III. 338; — lokale Ausdehnung des Staatsgebiets, Einfluß dieser Tatsache auf die Rechtsformen III. 669.
Auslegung s. Interpretation.
Auslobung des modernen Rechts IV. 251 (322).
Ausnahme, scheinbare im Recht III. 356 (503); — Stellung in der Formel III. 620 (858).
Ausschlagung der Erbschaft, Erfordernis der Delation IV. 164 (198).
Auspizien I. 353, IV. 227.
Ausübung des Rechts IV. 345.
Autonomie, altrömische, System derselben II. 122; — gesetzliche Anerkennung derselben in den XII Tafeln II. 65 (52—54); auf dem Gebiet des Erbrechts und Eigentums II. 149.

B.

Bänder, symbolische Bedeutung III. 566 (756).
Bankier s. Argentarius.
Bedingung, Notwendigkeit und eigentümlicher Nutzen IV. 166; — Unstatthaftigkeit IV. 168; Unstatthaftigkeit bei actus legitimi III. 592 (798[f]); — Stellung in der Formel III. 619 Nr. 4; — Surrogat für den zweiseitigen Vertrag IV. 259; — Pendenz IV. 170 (212); — bei der Freilassung im Testament II. 170 (235); — beim Votum III. 402 (550); — rückwirkende Kraft IV. 171 (216).
Befehl III. 486, 604 (817[a]).
Begriffsbestimmung, juristische III. 363.
Beneficium inventarii IV. 313 (u.).
Beschränkung, Stellung derselben in der Formel III. 620.
Besitz, sprachliches III. 572 (776); — Erwerb desselben seitens Wahnsinniger, Kinder, juristischer Personen III. 356 (502[d]); durch Stellvertreter III. 430; — Erwerb desselben, realer Akt III. 429; Besitzfähigkeit juristischer Personen III. 429 (589); — Verlust des Besitzes bei Invasion in Grundstücke Abwesender III. 430; — Realisierung durch Selbsthilfe I. 165: — Formlosigkeit III. 520; — rechtliche Natur des Besitzes IV. 365 (482) der Besitz ein Recht; Indifferenz desselben gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107; — Unterschied in der Behandlung desselben im älteren und im neueren Recht III. 429; — Sachbesitz und Quasibesitz, letzterer jüngeren Ursprungs III. 439; — Besitzklage, interdicta retinendae possessionis als Doppelklagen IV. 91 (111); — Ausschließung aller Einreden aus dem Recht i. S. zum Besitz IV. 53 (42).
Bestimmtheit des Inhalts des Rechtsgeschäfts im Moment des Abschlusses IV. 165.
Beuterecht I. 111.
Beweis, römische Behandlung III. 411; Erleichterung desselben IV. 216; — Beweislehre III. 411 (566[a]).
Bilder, juristische III. 382.
Bildung, juristische III. 314.
Billigkeit II. 91.
Bitte, Form III. 615.
Blutrache I. 187.
Bonae fidei possessor IV. 323 (u.), Fruchterwerb; — b. f. possessio Schutz derselben durch die actio Publiciana, Idee des relativ besseren Rechts III. 339; — IV. 367 (482[b]).
Bonorum emtor, agere cum deductione IV. 80 (86); — zur Anstellung der heredititas petitio berechtigt IV. 203, Fiktionen.
Bonorum possessor zur Anstellung der hereditatis petitio berechtigt IV. 303 Fiktionen; — bonorum possessio, Ausschließung aller Einreden, die sich nicht auf den Besitz, sondern das Recht beziehen IV. 53 (42); — decretalis IV. 335 (441[a]); — secundum tabulas IV. 173; 155 (186[a]).
Bürgen, Unterschied von den Einständern IV. 192 (240[a]).

Bürgerrecht, Erschleichung desselben IV. 274 (372).
Bürgschaft für eine zukünftige Schuld IV. 164 (201).

C.

Capere, vom Feinde I. 110; der vestalischen Jungfrau III. 403 (554).
Caput tralatitium de impunitate IV. 237 (308).
Castigatio I. 277.
Causa expressa IV. 102 (129*); — im Vindikationsprozeß IV. 106; — Ausscheidung des Kausalmoments bei der Eigentumsübertragung IV. 212; — Angabe der causa seitens des Beklagten im ält. Vindikationsprozeß IV. 210 (261); — condictio oder Kontraktsklage wegen mangelhafter oder nicht erfolgter causa IV. 212.
Cautio damni infecti IV. 368; — rem pupilli salvam fore IV. 279; rei uxoriae IV. 70 (59).
Cavere III. 414 (572).
Certum II. 111. 113; III. 401 (548), s. auch intentio.
Cessio, der tutela legitima und der hereditas legitima III. 537; — Vornahme vor dem Prätor III. 525; — Vornahme zu Rom III. 667; — in jure s. in jure cessio.
Ceteraeres der XII Tafeln III. 459 (626); — inter ceteros III. 402 (552).
Chirografa IV. 220 (für die Peregrinen).
Chronologie der Rechtsgeschichte I. innere 71, äußere 77.
Cicero, dessen Urteil über die Jurisprudenz III. 466 (636).
Classis I. 249 (146).
Clodius, Arrogation IV. 226.
Coemptio, Erbrecht des Mannes am Nachlaß der Frau und umgekehrt IV. 294; — fiduciae causa III. 530; 551 (o.); — IV. 282-284 zwecks Befreiung von den sacris, Wechsel des Geschlechtsvormunds, Erlangung der Testierbefugnis; — testamenti faciendi gratia IV. 286 (390).
Comitia curiata I. 259; centuriata I. 251 unten.
Commercium I. 234, 245 oben.
Commodatum Vereinbarung über den demnächst zugrunde zu legenden Taxwert der Sache II. 114 (119).
Compositio I. 133 (39).
Computatio civilis I. 294 (198) ihre Ausbildung durch das geistliche Recht.
Condemnatio I. 174, Notwendigkeit der Hinzufügung der absolutio III. 619 (854); — auf das Interesse I. 65.
Condictio III. 403 (555c); certi II. 117; indebiti Ausschließung derselben in Fällen, wo das Leugnen mit der Strafe des Doppelten belegt ist I. 132 (36), 154 (59c); — wegen Mangels der causa, ob causam datorum IV. 212; — wegen Vermögensbereicherung ohne Grund III. 520 (u.) — s. legis actio.
Conditio turpis III. 560; — juris jurandi IV. 272 (363).
Conditionis implendae causa datum IV. 272 (362), 116 (145).
Confarreatio I. 290; 351 o.; III. 521, 525. Vornahme in Rom III. 667; — ihr Alter gegenüber anderen Formen der Eheschließung (coemptio) I. 78.
Consecratio bonorum I. 278 (u).
Consensus, curatoris III. 522; IV. 155 (186a); — zur Ehe der Kinder IV. 280 (382).
Consessor III. 412 (566b).
Constitutum III. 624 (861d) (u.); IV. 156 (187).
Contractus bonae fidei, Klaglosigkeit im alten R. III. 489, 531; Formlosigkeit III. 522.
Contravindicatio IV. 96; s. vindicatio.
Creare der Beamten II. 135 (145b).
Credere, sprachliches III. 440.
Cretio III. 588, 620, 623 (861d).
Crimen, publicum I. 212; — expilatae hereditatis III. 426.
Cura I. 185 (80); IV. 334 (441a); — prodigi I. 194; — Tendenz, das Vermögen der Familie, d. h.

dem Mannsſtamm zu erhalten II. 148 (163); — minorum II. 106; — cura, dem alten R. unbekannt II. 304.
Curator ſ. consensus.
Curia I. 115, 248, 250.

D.

Damnationslegat IV. 198; Formel III. 623 (861b); — Litiskreszenz beim Leugnen des Beklagten II. 116 (130).
Damnum injuria datum III. 425; II. 116 (130) Litiskreszenz beim Leugnen des Beklagten.
Darlehen, Erfordernis des Eigentums, prozeſſualiſche Geſtaltung IV. 77 (79); III. 356 (503); III. 521 (681); — Ausſchluß der Liquidation des Intereſſe II. 120 (138).
Debere, ſprachliches III. 440.
Decretum divi Marci I. 166 (69b).
Decuria I. 115, 250.
Deditio, völkerrechtliche, privatrechtliche I. 131; — des Klienten I. 237 (133a); — an den Feind, Rechtsgrund I. 215 (106).
Deductio, der Servitut III. 549 (729); Stellung in der Formel III. 620 (o.); IV. 143 (176); — der Quarta Falcidia, juriſtiſche Form IV. 73 (66); — des bonorum emtor IV. 80; — in domum II. 156; III. 566.
Definition III. 363; teleologiſche, ontologiſche III. 364 (511).
Delatoren, Lohn IV. 276 (377).
Delegation IV. 258, abſtrakter Charakter IV. 217; — einer bedingten Schuld IV. 164 (201).
Delikte, Tarifierung II. 115.
Demonstratio III. 614 (840), 618 (o.).
Denuntiatio, außergerichtliche III. 643 (890).
Depositum, Vereinbarung über den demnächſt zugrunde zu legenden Taxwert der Sache II. 114 (119); — an der eignen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Deſtinatäre des Rechts IV. 336, 339, 356, 359. 362.
Deutſches Recht, Gegenſatz zum römiſchen II. 100, 121.
Diagnoſe, juriſtiſche I. 51, 53; III. 314 (o.), 493 (u.).
Dialektik, juriſtiſche, ſ. Logik.
Diebſtahl III. 424; ſ. furtum.
Dies fasti III. 649 (895a), 673; nefastus, Nichtachtung desſelben IV. 228; — dies ex quo bei der Obligation, Notwendigkeit IV. 166; — Unſtatthaftigkeit desſelben IV. 167, 175 (222).
Δίκη, Etymologie I. 218 (114).
Differentio I. 351. Vornahme in Rom III. 667.
Dispoſition, rechtliche, die Wahl der Genußform IV. 349.
Dispoſitives Recht, Bildung desſelben aus Formularen II. 301; III. 579.
Disziplin, militäriſche, die Quelle des Geſetzlichkeitsſinnes und Formalismus I. 262, 264.
Dolus, Delikt des neueren Rechts III. 426; — prozeſſualiſcher IV. 113.
Dominium ex jure Quiritium IV. 210 (262).
Dominus I. 110 (11), II. 161 (215).
Domus II. 161.
Doppelklage IV. 91.
Dos, Grund und Beſtimmung derſelben II. 104 o.; III. 486 (659); aestimatio dotis taxationis causa II. 114 (119); — Verminderung der dos durch notwendige Auslagen ipso jure IV. 69 (56); Abzugsrecht des Mannes wegen nützlicher Verwendungen IV. 70 (57).
Dotis dictio III. 486 (659) (promissio dotis).
Ducere des Schuldners, urſprünglich ohne vorangegangene addictio I. 152 (59b).
Duplum, Klage auf dasſelbe II. 115, 116; — beim Intereſſe II. 116 (126).
Durchbruchspunkt, hiſtoriſcher, der Rechtsſätze III. 338 (495).

E.

Egoismus, römischer, Charakter desselben I. 326.

Ehe, Zusammenhang der ältesten Ehe mit der Gens I. 197; Ehe mit und ohne manus II. 187, 191; — Symbole III. 566; — tatsächliche Gestalt derselben im Leben II. 203, 208; — Freiheit der Ehe II. 223; — von den Römern unter dem Gesichtspunkt einer Herrschaft betrachtet II. 139; — eheherrliche Gewalt II. 187—190 f. auch manus; — Eingehung von Scheinehen, Ehelosigkeit IV. 266.

Eheformen, Mehrheit derselben I. 311 (219).

Eherecht II. 223; — eheliches Güterrecht II. 209; — vermögensrechtliches Verhältnis zwischen den Gatten im neuern R. ein gegenseitiges IV. 199.

Ehescheidung II. 214 (330).

Eheversprechen s. Sponsalien.

Eid, Gebrauch desselben in allen Verhältnissen I. 274; — manus injectio bei beschworener Schuld I. 157 (63a); — eidliche Bekräftigung nichtiger Verträge III. 491.

Eideshelfer II. 48 (30).

Eigentum, originäres, die älteste Art desselben I. 110; III. 436; — Freiheit und Belastung desselben II. 226; — Erwerb, Vereinfachung des Beweises IV. 208; — abstrakte Erwerbsarten IV. 211; — freie Veräußerlichkeit desselben II. 149; — Gestalt des römischen Eigentums, angeblicher absoluter Charakter IV. 317 (426a); — Indifferenz des Eigentumsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107; — Kausalmoment IV. 210.

Ein Mann ein Wort III. 490 (664).

Einfachheit, elementare, der Rechtskörper III. 434. IV. 182.

Einheit des Akts IV. 153; — des Orts im ältern R. III. 664, IV. 153; — der Voraussetzungen und Wirkungen IV. 159, 174.

Einrede s. exceptio.

Einseitigkeit der Geschäfte des alten R. III. 549; — der Rechtsverhältnisse II. 296; IV. 199.

Einständer, IV. 192 (240a) IV. Vorr.

Emancipatio, Form II. 163, 185; III. 458 (625), 525, 553; — Vornahme in Rom III. 667; — Struktur IV. 158; — vermögensrechtliche Zwecke IV. 266; Wirkungen IV. 292; — Verschiedenheit nach dem Geschlecht des zu Emanzipierenden II. 104 (106); — Unzulässigkeit einer Bedingung IV. 158, 169.

Emere I. 119.

Emphyteuse, Struktur IV. 139, 183 (229); — Zusammenhang zwischen der Quinquagesima und dem Vorkaufsrecht IV. 261 (336).

Emtio venditio zwei einseitige, übereinander geschobene Geschäfte IV. 202. f. Kauf.

Emtor III. 459, ausdehnende Auslegung dieses Wortes.

Enterbung der Söhne und Töchter II. 103 (105).

Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten, vertragsmäßige I. 167.

Entschluß im Gegensatz zur bloßen Absicht III. 495.

Entstehung des Rechts aus der Gewohnheit II. 28.

Erbeseinsetzung des Sklaven, Zweck IV. 249 (319), 273 (368).

Erbeutung vom Feinde s. capere.

Erbfähigkeit, gleichzeitige Existenz des Erblassers und Intestaterben IV. 322 (431a).

Erbrecht, prozessualische Individualisierung durch den Delationsgrund IV. 45 (31); — Bewerkstelligung seiner Übertragung durch Einsetzung eines Sklaven IV. 249; Erbrecht der Söhne und Töchter nach älterem R. II. 103 (105); — Indifferenz des Erbrechtsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen II. 107; — Mittel zur Erstreckung desselben auf die Erben des Eingesetzten IV. 250; — erbrechtliches Singulargeschäft IV. 313; — Unfähigkeit der Kinder und Wahnsinnigen zum Erbschaftserwerb IV. 335 (441a).

Erbvertrag IV. 313.
Erfüllung der Obligation durch Tradition, Verhältnis beider zueinander IV. 215.
Ergreifen der Sache als Form III. 570, 572 (776a).
Error III. 428 (585) error in corpore und in substantia, ersterer allein vom ältern R. berücksichtigt.
Erwerbsarten, originäre, Vorliebe der römischen Rechtsansicht für dieselben I. 107.
Erwerbsfreiheit, Erwerbsfähigkeit durch Monopole usw. in Rom nicht beschränkt II. 151.
Ethnische Quellen des R. R. I. 309.
Etymologie, Bedeutung für die Rechtsgeschichte I. 92; — Mißbrauch I. 316 (221).
Eviktion II. 114 (119); — Klage gegen den Manzipanten wegen Evikti onsleistung II. 116 (128).
Exceptio, Stellung III. 620, 623 (861d); — weites Ausdehnungsgebiet IV. 55; 63 (u.), 64 exc. Sc. Macedon., Vellej., metus, doli, Verteidigung in Form der Negation und Exzeption; — IV. 107 Bedürfnisfrage; — angeblich älteste Form durch sponsio praejudicialis IV. 121 (160a); — historisches Verhältnis zu den mit ihr konkurrierenden actiones IV. 126; — Exzeptionen II. 225 (351 u.); — exc. vitiosae possessionis I. 166; rei judicatae IV. 45 (32); litis residuae und dividuae IV. 263 (337a).
Excusatio im geistlichen Recht III. 403 (555).
Exekution s. Personalexekution und Privatexekution.
Exercitus I. 249 (145).
Exheredatio, bona mente IV. 249 (318); nominatim facta, inter ceteros III. 402 (553).
Exil I. 228, Rechtsgrund I. 214 (105a).
Expiatio I. 276.
Expressa nocent, non expressa non nocent III. 592.
Expropriation II. 72 (65).
Exsecratus I. 276.
Extrarius I. 227.

F.

Facere, indirekte Erzwingung durch Konventionalpön IV. 257; — durch Einsätze IV. Vorrede u. 192 (240a).
Fähigkeit, Erfordernis derselben im Momente des Rechtsgeschäfts IV. 162.
Faktische Verhältnisse als Surrogat der rechtlichen III. 671.
Familia II. 157 (205), 161.
Familie, Surrogat des Staates I. 176, 179; tatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse im Leben II. 209; Sinn der familienrechtlichen Gewalt II. 197; — Mißbrauch der Familienverhältnisse zu fremden Zwecken IV. 265.
Familienfideikommiß II. 150.
Familiengerichte II. 213.
Familienleben, römisches II. 195.
Familienrecht, Aufgabe desselben II. 194.
Familienverhältnisse, Mißbrauch zu heterogenen Zwecken IV. 265.
Far, Symbol III. 510, 566.
Fas I. 266 (164); Gegensatz zum jus I. 267; II. 50; — praktische Abfindung mit demselben I. 344; IV. 227.
Feuer, Symbol der Reinheit I. 288 (192); III. 566.
Fictio legis Corneliae IV. 304; — III. 372 (515) als Beispiel einer vom Gesetzgeber ausgehenden Konstruktion.
Fideicommissum, tacitum IV. 272 (361a); 276 (377); — IV. 116 (146); — fideicommissaria libertas Verbindung der Obligation mit dem Besitz einer Sache IV. 183 (228a).
Fideijussores III. 587; IV. 116 (146); — fideijussio IV. 193 (240a).
Fideikommisse, historisches Motiv IV. 271.
Fideipromissio für eine zukünftige Schuld nicht möglich IV. 164 (201).
Fiducia III. 530, 546 (o.), 547; IV. 142, 183, 254; bei der Erbschaft (Universalfideikommiß) IV. 248.
Fiduziar, Tod desselben vor dem Erbschaftsantritt IV. 279 (379).
Fiduziargeschäft III. 531.

Fiduziartafel, spanische III. 532 (688).
Fiktionen I. 55, 78; IV. 277, 302; — Fiktion der Zivität IV. 302 (416); — Zweck derselben IV. 301 (413); — in der Religion III. 514; IV. 288; — Verwendung im Prozeß IV. 309 (423).
Flamen dialis I. 289, 352.
Flammeum III. 511.
Foedus I. 275 (177); III. 607 (827).
Forderung, Übertragbarkeit derselben IV. 258.
Form, Begriff, Verhältnis zum Inhalt III. 472; freie (individuelle) und unfreie (abstrakte) III. 475; elastische und spröde III. 585; naive und tendentiöse III. 474 (652a), 504, 523; symbolische III. 506; repräsentative III. 506; residuäre III. 509 (675a), 514; — römische Formen, Übersicht III. 560 — Bedürfnis bei dauernden Verhältnissen III. 502; — absichtliche Nichtbeachtung, praktischer Grund III, 492; — s. auch Formalismus.
Formalismus II. 15, 44; — in der Religion III. 398 (542), 570; — Schutz der Freiheit III. 471; — praktischer Wert im Recht III. 478; — Nachteile III. 480; — Vorteile der Form III. 493; — die charakteristischen Momente: das quantitative, morphologische III. 481; das prinzipielle III. 482; — die ethische Seite III. 489; — ästhetische Seite III. 508; — historische Motive und kulturgeschichtliche Bedeutung III. 504; — Erträglichkeit des Formenwesens für die Römer III. 503; — im Prozeß III. 647; — außerhalb des Rechts III. 518.
Formbestimmungen des preußischen Rechts III. 483 (657).
Formelle und formlose Geschäfte, Begriff III. 477; Übersicht der formellen und formlosen Geschäfte des R. R. III. 522.
Formeln, Begriff; Unterschied vom Formular III. 578; Moment der Bestimmtheit III. 584 (794), 625; Ursprung der römischen Formeln III. 599; Ausdrücke für sie III. 584 (794); — laxe Behandlung in späterer Zeit III. 582; — Arten derselben III. 587; — mündliche Rede III. 593; Bezugnahme auf die Urkunde III. 595; — Korrespondenz zwischen Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse III. 626; — Formeln der Erbeinsetzung III. 583; — Hauptsitz derselben das Testament III. 482, 486, 502; — Folgen der Nichtbeachtung III. 480, 589, 632; — Rechtfertigung der Strenge ihrer Handhabung III. 590; — Anfertigung derselben durch die Juristen III. 599; — maßgebende Gesichtspunkte III. 485; — mißlungene Konstruktionen derselben von seiten der Neueren III. 613 (861d); — Formeln im Legisaktionenprozeß III. 632.
Formelzwang, Substitution der Formel bei der Klage IV. 83.
Formenwesen, römisches, Analyse desselben III. 560.
Formfehler III. 480.
Formsinn, nationaler, der Römer III. 503, 508.
Formula, sprachliches III. 584 (794); sachliches s. intentio; — petitoria IV. 194.
Formulare, für den Abschluß von Rechtsgeschäften, Unterschied von der Formel III. 578; — Gebrauch derselben und rechtsbildender Einfluß II. 301; III. 579 (785).
Formularprozeß III. 482 (656), 647; I. 65; IV. 21 (2).
Formwidrige Rechtsgeschäfte III. 488; absichtliche, Grund III. 492.
Frage III. 485, 613, 627 (o.).
Frauen, rechtliche Stellung II. 186; — historischer Einfluß derselben II. 206; — soziale Stellung II. 203.
Freiheit und Unfreiheit als System des Rechts II. 122; religiöse II. 138; politische II. 135; privatrechtliche II. 139; — Sinn derselben II. 145; — Mißbrauch derselben, absolut und relativ verwerflicher II. 145; — Subjektivismus und Objektivismus des Freiheitsbegriffes II. 218; — Aufgabe derselben II. 220; — Beschränkung II. 221; tatsächliche

Beschränkung derselben II. 145; — Freiheit des Eigentums II. 226; s. auch Erwerbsfreiheit.
Freilassung der Sklaven II. 169, 181; — Form III. 507; Häufigkeit derselben II. 181; s. manumissio.
Freizügigkeit II. 136.
Friedloser I. 281 (188).
Fruchterwerb des bonae fidei possessor IV. 323 (u.).
Fructus III. 434 (597); fructus licitatio IV. 262 (337); bei den Interdicta retinendae possessionis II. 114 (120).
Fur manifestus, nec manifestus I. 128, 130, 137.
Furiosus, cura I. 185 (80); IV. 334 (441a).
Furtum, licio et lance conceptum II. 159 (208); materialistische Auffassung des Diebstahls im ältern R. III. 424; — Anwendungsfälle des furtum nec manifestum IV. 31 (11), 190 (234), 191 (235); — furtum manifestum I. 130, 137; III. 424. s. auch actio auctoritatis; — furtum usus III. 434.
Futurum, Gebrauch desselben in der Rechtssprache III. 611.

G.

Garantie, Zweck der Zuziehung des Zeugen I. 142; — Volksgarantie I. 146, 149, 220! — Garantien gegen die Willkür der Magistrate II. 269.
Gegenansprüche, prozessualische Verfolgung derselben in Form der Negation IV. 67.
Gegensätze im Recht, ursprüngliche Identität derselben I. 307; innerhalb des römischen Volkes I. 336; Gegensatz des religiösen und profanen Systems I. 310; des jus civile und jus gentium I. 337; der formellen u. formlosen Rechtsgeschäfte III. 521.
Geist des Rechts I. 45.
Geistliche Beamte in Rom, Stellung derselben I. 347; — geistliches Gericht im alten Rom I. 294; — im Mittelalter II. 56.
Geld als Strafmittel IV. 342 (450); Wägen desselben III. 540.
Gemeingebrauch, usus publicus IV. 348, 357 (467), 362.
Gemeinrecht IV. 363.
Gemeinschaft bei Abschluß des Rechtsgeschäfts IV. 154; bei Rechtsverhältnissen IV. 221 (273a).
Generalisierung von seiten des Rechts, Bildung von Klassen und Aufstellung von Regeln für sie II. 92.
Gens I. 183, 248, 250; — gentiles I. 189 (u.); gentilitische Sittenpolizei I. 190; Eigentum der gens I. 200.
Genuß des Rechts IV. 345, 350.
Genußformen der Rechte IV. 346 (455b).
Gerechtigkeit, altrömische II. 91; prozessualische IV. 51.
Geschäftsformulare II. 300 historische Bedeutung für die Entwicklung des Rechts.
Geschichtschreibung, Aufgabe im Recht I. 59.
Geschlecht, Einfluß im Recht II. 103 (105).
Geschlechterstaat I. 180.
Geschlechtsvormundschaft der Agnaten IV. 286 flg.
Geschriebenes Recht, Wert desselben II. 35; — Präponderanz desselben in Rom II. 41.
Gesetz, Gründung desselben auf Vertrag I. 216; — Wirkung 217; — Verbot seiner Aufhebung IV. 236 (306); Umgehung IV. 264.
Getreidewesen II. 254 (396); Getreidepreise II. 256 (402).
Getreidewucher II. 255 (398).
Gewalt, Verhältnis zum Recht I. 107.
Gewaltverhältnis, Typus aller Rechtsverhältnisse der älteren Zeit IV. 209.
Gewohnheitsrecht, Mängel desselben II. 29; beschränkte Geltung im alten Recht II. 42; bei der legis actio per pignoris capionem III. 654 (902).
Glans III. 459 (628).

Glaubensfreiheit II. 138 (154).
Gleichheit, faktische und rechtliche II. 88; — der Stände II. 99; — Zug des ältern R. nach Gleichheit II. 100.
Gleichheitsgefühl, politisches, d. röm. Volks II. 98.
Glücksspiele, Strafe des Vierfachen IV. 118 (151).
Götter, römische, abstrakter Charakter derselben III. 400; Staatsgötter I. 271; Reihenfolge der Aufzählung III. 616.
Grund, Stellung in der Formel III. 618.
Grundbegriffe des Rechts III. 334; — Kunstprodukte IV. 3; — Veränderlichkeit III. 347; IV. 312.
Grundbesitzer, Verhältnis des großen zu dem kleinen im alten Rom II. 241.
Grundeigentum, Gebundenheit desselben in der Gentilverfassung I. 197; — spätere Freiheit (Veräußerlichkeit, Teilbarkeit) II. 149.
Gut, als Inhalt des Rechts IV. 341 (448).
Gütergemeinschaft II. 102 (102a), 151 (167).

H.

Haarschneiden, symbolische Bedeutung III. 565.
Haftung, Begriff derselben im Gegensatz zur direkten Verpflichtung IV. Vorrede; — Haftung der Einständer IV. Vorrede, 192 (240a); — des Prinzipals aus den Verträgen des Vertreters III. 339, actio exercitoria.
Hand, symbolische Bedeutung I. 114; III. 568, 572 (776).
Handel, Bedeutung desselben für die Entwicklung des Rechts I. 232; — Freiheit desselben II. 151.
Handelsrecht, römisches II. 101 (101).
Handfesten, Umschwung im Pfandrechtsbegriff IV. 314; Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.
Handlungsfähigkeit IV. 162.
Handwerk, Mißachtung II. 245.
Hasta s. Speer.
Hasta caelibaris I. 113; III. 511 (o).
Haus, römisches, Bedeutung desselben II. 156; innere Abgeschlossenheit II. 198: — Sitz der Frau III. 566.
Hausbücher, römischer Ordnungssinn II. 13.
Hausfrieden II. 158.
Hausgenossen, keine Klage untereinander II. 196 (298).
Hausherr, Vertretungspflicht in bezug auf die Seinigen II. 197; — Einfluß des Todes derselben II. 188.
Hausherrliche Gewalt II. 156, 182; Verfassung des römischen Hauses II. 161 (familia, dominus): — ursprüngliche Identität der Gewalt über Frau, Kinder, Sklaven II. 164; spätere Verschiedenheit der einzelnen Zweige II. 166.
Hausjustiz II. 161.
Hauskinder, Rechtsstellung II. 182; tatsächliche Gestalt des Verhältnisses II. 211; — Vermögensfähigkeit III. 357.
Haussuchung II. 159 (208).
Heergerät II. 107 (112).
Hegel, Urteil über das R. R. I. 100.
Herde, Vindikation IV. 38 (22), 31 (13).
Hereditas legitima, in jure cessio derselben IV. 295.
Hereditatis petitio IV. 87, 88 (100); — Haftung des Besitzers für dolose Veräußerung III. 339, 355 (502a); — auf derselben Idee wie die possessorischen Interdikte beruhend III. 355 (502a); — Passivlegitimation III. 439 (604) — partiaria IV. 32 (14) Verhältnis zur actio familiae erciscundae.
Herrschaft, Grundtrieb II. 133; — Symbol: die Hand III. 570; — der Gedanke der Herrschaft als Inhaltsmoment der Rechte II. 140.
Herrschsucht, römische II. 133.
Herus I. 110 (11); II. 162 (216).
Historische Schule, Lehre von der Nationalität des Rechts I. 3; — vom Gewohnheitsrecht II. 29.
Hochzeit, Raub der Frau I. 112.

Homo sacer I. 279; sui und alieni juris II. 103 (104); — homo II. 168 (230b).
Hospes I. 227 (126a).
Hospitium I. 232.
Hostis I. 227.
Huf III. 565 (755).
Hypotheca III. 427 (584d); I. 9.
Hypothekenbriefe, Umschwung im Pfandrechtsbegriff IV. 314; — Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.

J.

Jactus missilium, Konstruktion III. 379 (521).
Janus, an erster Stelle angerufen III. 616 (845).
Illiberalis s. ars.
Immobilien, und Mobilien, Einfluß des Unterschieds II. 107; Möglichkeit eines furtum nach altem R. II. 108 (115); freie Teilbarkeit des Grundeigentums II. 150.
Impensae, Anspruch des Vindikationsbeklagten IV. 190; bei der Dos IV. 69.
Imperativ III. 604 (818).
Imperium I. 245, 251, 255.
Impietät I. 276.
Incertum II. 111. s. auch intentio.
Indikativ III. 610.
Individualisieren II. 93, individualisierende Tendenz des Rechts.
Individualrecht, Gegensatz des Gemeinrechts IV. 363.
Indogermanische Völker, Rechtsgemeinschaft I. 317.
Infamie II. 143 (158).
Infans, rechtliche Lage II. 106 (110); — Ausschließung des Erbschaftserwerbes IV. 334 (441a).
Infinitiv III. 609.
Ingenuus I. 227.
Inhaberpapiere, Umschwung im Obligationsbegriff IV. 314: Fortschritt über das R. R. hinaus IV. 320.
Initiative des Erwerbenden, Grundsatz des älteren R. I. 110; III. 614 (840).
Injure cessio III. 437, 485, 528. 533, 537; Vornahme vor dem Prätor III. 525; — Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte zu einem Akt IV. 145; — Ausscheidung des Kausalmoments bei der Eigentumsübertragung IV. 212 (263); — Anwendungsgebiet III. 552 (736), II. 17; — öffentliche Garantie der Privatrechtsgeschäfte I. 220, 221; — — IV. 283; — in jure cessio der hereditas legitima IV. 295; — IV. 312.
Injuria I. 129 (28a).
Injurie III. 425, II. 115 (122).
In jus vocatio III. 641.
Inkapazität IV. 273 (368) Umgehung der Vorschriften durch Einsetzung eines Sklaven.
Innominatkontrakt IV. 204 (258).
Intentio, certa, incerta III. 630; IV. 21, 57, 61, 70.
Interdictum, uti possidetis, nicht auf Schadenersatz gerichtet IV. 30 (10); — quanti ea res est II. 120 (138); IV. 262 (337) fructus licitatio; — de glande legenda III. 459 (628), 654; — de precario kein interdictum recuperandae possessionis IV. 67 (50); — fraudatorium III. 427; — possessorium des bonorum emtor nur gegen Sachbesitzer, nicht Rechtsbesitzer zulässig III. 439 (604); — quod legatorum Ausschließung aller Einreden, die sich nicht auf den Besitz, sondern auf das Recht beziehen IV. 53 (42); — quorum bonorum nur gegen Sachbesitzer zulässig III. 439 (604); — retinendae possessionis IV. 91 (111).
Interesse im Prozeß II. 110; vertragsmäßige Feststellung desselben II. 113; gesetzliches Aversionalquantum als Surrogat desselben II. 113, 116 (126), 119; — als materielle Voraussetzung des Rechts IV. 341 (448) Begriffsbestimmung.
Interessenmaßstab im Recht wechselnd IV. 343; Beispiel aus dem R. R. IV. 344.
Internationaler Verkehr I. 234.
Interpres I. 232 (128); II. 65.

Interpretation, Aufgabe derselben III. 444. Doppelte Art: grammatische, logische (objektive, absolute—subjektive, relative) III. 444, 447; alte II. 43, 65; III. 441; — der Rechtsgeschäfte III. 449; — der Gesetze 455; tendenziöser Charakter derselben III. 463; — Urteil der späteren Zeit über sie III. 442 (610); — ihre Unentbehrlichkeit III. 359.
Interrex, Grund der fünftägigen Funktion I. 274 (174).
Interrogatio in jure III. 613 (839).
Interzessionsrecht II. 269.
Intestabilis I. 142 (51); III. 526 (682).
Intestaterbrecht der Frauenzimmer, Beschränkung desselben in der Tendenz, das Vermögen der Familie im Mannesstamm zu erhalten II. 148 (163).
Irrtum, über das Objekt, über die Eigenschaft III. 428; Berücksichtigung des wesentlichen Irrtums im alten R. IV. 67, s. auch error.
Judex, sprachliches I. 174.
Judicium duplex IV. 92 (113); publicum im Sinn der actio popularis IV. 120 (158); — legitima, imperio continentia III. 667 (927a), 671 (938); — jus und judicium III. 411; — tutelae IV. 200.
Jura quaesita, Aufhebung derselben, II. 69; — Achtung der Römer vor denselben II. 71 (61).
Juramentum in litem I. 135; IV. 257.
Jurare, sprachliches I. 304.
Jure consultus III. 415; Allgegenwart desselben III. 410; Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen III. 413.
Jurisprudenz, Allgemeines III. 313, 321; Philosophie des praktischen Lebens III. 389; höhere und niedere III. 358. — Ältere römische: hoher Wert II. 5; ihr hohes Alter III. 391; III. 464; Gesamturteil III. 389; pontifizische, Charakter III. 398; Ende derselben III. 404, 408; profane III. 409; englische III. 315.
Juristen, Allgegenwart derselben III. 410; — ihre praktische Stellung III. 413; — Bedürfnis der Beihilfe der Juristen III. 417. — Anteil der juristischen Kunst an der ursprünglichen Bildung des Rechts IV. 5.
Jus, Etymologie I. 218 (114); — Aelianum III. 600 (815); — civile im engern Sinn, Juristenrecht II. 65; III. 390 flg.: Flavianum III. 600; — necis ac vitae II. 214, II. 183 (273), 216; liberorum III. 463 (555); IV. 307 (422); — singulare I. 49 (18); III. 337 (494); — postliminii II. 107; — jus und judicium III. 411; — Gegensatz zum fas I. 267; II. 50; — jus in re aliena III. 441.
Justiz, Unabhängigkeit derselben II. 67—81; Verhältnis derselben zur Verwaltung II. 83.

K.

Kaduzität III. 403 (555a).
Kapital, großes, Übermacht in Rom II. 244.
Kassation politischer Akte durch den Senat IV. 231 (288).
Kasuistische Form der Gestaltung des Rechts III. 353.
Kauf der eigenen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Kaufkontrakt, Auflösung in zwei Forderungen IV. 185, 202; — Kauf III. 432 (595); Irrtum des Käufers IV. 203 (257).
Kaufpreis, Kreditieren III. 541 (711).
Kautelarjurisprudenz IV. 259.
Kirchenvermögen, altrömisches I. 269.
Kläger, Stellung desselben im altrömischen und heutigen Prozeß I. 174.
Klage, s. actio, judicium; — Zersetzungszwang IV. 27 (5); — aufs Doppelte II. 116; — der emanzipierten Kinder II. 199 (301); — römische, moderne Auffassung III. 656, IV. 27; — Bedeutung für das R. IV. 351 (463); — mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts IV. 80; — mit defensivem Zweck IV. 110; — Vorteile und Nachteile derselben

IV. 128; — Doppelklage IV. 91; — Teilungsklagen als Doppelklagen IV. 91 (111).
Klagenkumulation, Unzuläſſigkeit IV. 33; — Ausnahmen IV. 35 (19).
Klaſſifikation, ſyſtematiſche III. 331.
Klauſeln bei Geſetzvorſchlägen IV. 237 (308); 238 (311).
Klientel I. 236, 240.
Kodizill IV. 156; — Ermöglichung eines Singulargeſchäfts auf erbrechtlichem Gebiet IV. 156; — IV. 313.
Kolonien II. 253 (393).
Kombination des dinglichen und perſönlichen Elements IV. 139, 186: kombinierte Bildungen im Recht IV. 183.
Komitialteſtament IV. 313 (426).
Kompenſation, prozeſſualiſche, älteſte Form IV. 69, 74 (71); — cum compensatione agere IV. 80 (86); — Klage mit Vorbehalt derſelben IV. 280 (382); — Kompenſationseinrede IV. 53 (40) ihre unbeſchränkte Zuläſſigkeit im neueren R.
Kompetenz der Beamten, nicht der richterlichen Kognition unterworfen II. 87.
Konflikte der Beamten II. 289; — Konflikt von Rechtsanſprüchen beider Parteien IV. 109.
Könige, römiſche, die drei älteſten als Ordner des Rechts I. 95.
Königtum, angeblich patriarchaliſche Baſis I. 259; — Entſtehung desſelben aus dem Oberbefehl I. 253, 261; — angeblich theokratiſcher Charakter II. 264.
Konjunktiv III. 608.
Konſequenz, römiſche I. 333.
Konſervativismus der Römer I. 334.
Konſtatieren III. 563, 610.
Konſtruktion, juriſtiſche III. 357: ihre Geſetze III. 371; Vorteile III. 381; — legale vom Geſetzgeber ausgehende Konſtruktionen III. 372 (515).
Konſtruktionshandlungen IV. 277.
Konſul, Machtfülle der Magiſtratur II. 265 (415).
Kontinuität der hiſtoriſchen Entwicklung; — Wert der Form für ſie III. 517; — bei den Römern I. 334; IV. 244, 277, 289, 303.
Kontraktsformulare III. 607 (827a); — als Quellen des dispoſitiven Rechts II. 301; III. 579.
Konvaleszenz IV. 161.
Konventionalpön II. 113 (118a), 117 (132); III. 560 o.; IV. 258 (334).
Konzentration, logiſche III. 352; — im Prozeß IV. 24, im Rechtsgeſchäft IV. 151.
Kopf, ſymboliſche Bedeutung III. 568.
Kornhandel II. 238.
Körper, juriſtiſcher III. 360 (506).
Korporationen; Deſtinatäre IV. 356 (466); römiſche Bezeichnung IV. 358 (468).
Korrealobligationen IV. 155, 223; — Begründung durch einen einzigen Akt der mehreren Beteiligten IV. 155 (186).
Korreſpondenz der Form III. 625; zwiſchen Begründung und Aufhebung des Rechts III. 626; — zwiſchen Klage und Begründung des Rechts III. 628; IV. 138; — zwiſchen Klage und Urteil III. 629.
Kosmogenie des römiſchen Staates I. 94.
Krieg, Erſtreckung gegen alle einzelnen I. 231; — Einfluß auf das R. I. 245.
Kriegsbeute II. 243 (376).
Kriegsfuß, Urſprünglichkeit desſelben I. 225.
Kriminalprozeß, älterer, Öffentlichkeit II. 10; — Vorſtufe desſelben, Volksrache I. 212.
Kunſt, juriſtiſche, Alter derſelben in Rom IV. 2; — primitiver Typus IV. 5.
Kunſtſinn, Kunſtſtil, juriſtiſcher III. 380, 562, 600.
Kuriatkomitien I. 251 (150).

L.

Lager I. 246; — Rechtspflege III. 667, 668 (929).
Laie, unjuriſtiſche Auffaſſung desſelben III. 316, 349.
Lanx, Symbol III. 566, ſ. furtum.
Lateiniſche Sprache, Notwendigkeit ihres Gebrauchs bei Rechtsgeſchäften der Römer III. 592 (800).
Legatum, Stellung im Teſtament III. 620 (856); — per vindicationem, Erfordernis des Eigentums des Teſtators IV. 77 (80); Legatsklage des alten u. neuen Rechts IV. 198 (u.): — Einſeitigkeit IV. 205 (o.); — indirekte Zweiſeitigkeit IV. 259; — poenae nomine relictum IV. 272, II. 222 (344); — debiti IV. 272 (364); — legatum libertatis (emtor der Erbſchaft) III. 459 (629); — partitionis IV. 248; — ademtio legati III. 627 (o.); — Legat, Auflage einer Verpflichtung nach ält. R. nicht zuläſſig IV. 204 (259).
Leges contractus, Publikation durch den Urheber III. 549 (729[a]); — als Quellen des Rechts II. 300; III. 579; — Imperativ III. 607.
Leges sacratae I. 280 (187[a]); 284 (189[b]); IV. 236.
Legis actiones I. 151, 299 (208); III. 397 (540); — Allgemeines III. 631; — Legisaktionenprozeß, Gefährlichkeit III. 482 (656); — Beginn IV. 89; — außergerichtliche Akte III. 641 (882); — Spielraum der Jurisprudenz III. 651; — angeblicher religiöſer Charakter derſelben III. 659 (910); — angebliche Notwendigkeit der Vornahme vor Gericht III. 639; — Vornahme ſämtlicher gerichtlicher Akte des Legisaktionenprozeſſes in Rom III. 667; — ausnahmsweiſe Nichtbeachtung des Geſetzes III. 655 (906); — l. a. sacramento I. 78, 126, 173, 298. 305; III. 405, 636 (877); — Strafſumme der 50 und 500 Aß II. 115 (121); — per condictionem III. 643; 403 (555[c]); — per manus injectionem I. 126, 152, 155; III. 641 (884); IV. Vorrede, 111 (132); IV. 102 (129*); — per pignoris capionem I. 151, 158; II. 42; IV. Vorrede; II. 84 ſeitens des Publikanen; III. 639, 654 (903), 674 (952); IV. 102 (129*); — Beachtung der dies nefasti nicht bei ihr erforderlich IV. 229 (283); — legis actio als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Stellung der Formel auf die Gegenwart III. 612, 667 (928).
Lektiſternien I. 289 (693[a]).
Lex, Etymologiſches I. 216 (u.);
— Acilia II. 82 (79);
— Aelia Sentia IV. 274 (371);
— Aquilia Leiſtungsgegenſtand II. 115 (125), III. 425; — Atilia III. 457, 462, 671; — Canuleja II. 141 (155[a]);
— Calpurnia III. 406 (559);
— Cincia III. 411 (566);
— Claudia IV. 286 (390);
— Cornelia ſ. fictio leg. Corn.
— Falcidia IV. 270 (356);
— Furia Caninia IV. 274 (371);
— Furia de sponsu IV. 111 (132), 117;
— Furia testamentaria IV. 111 (133), 115 (143); — ſ. auch IV. 116, 270, II. 115 (121);
— Genucia IV. 118, 119;
— Julia de fundo dotali II. 209; — municipalis II. 117, (134); IV. 232;
— Julia et Papia Poppaea IV. 268, 271;
— Junia Norbana IV. 271;
— Licinia II. 152, 242;
— Maenia Erteilung der auctoritas patrum IV. 280 (382);
— Marcia de usuris IV. 111 (133), 118; — perfecta u. minus quam perfecta II. 152 (169); III. 474 (651); 674 (951); IV. 111 (131), 233 (293);
— Plaetoria II. 304; IV. 120;
— Rubria III. 599;
— Silia III. 406 (559).
— Valeria II. 80 (77[a]); IV. 232;
— Voconia III. 464; IV. 270, 274.
Lex rei suae dicta IV. 338 (444).

Liberalität der römischen Großen, soziale Bedeutung II. 250.
Libripens III. 539, I. 141.
Licinius Stolo, Umgehung seines eignen Gesetzes III. 469.
Licium III. 511 (676b).
Lieferungen, unentgeltliche ans Volk II. 252.
Litem suam facere II. 81 (78).
Literalkontrakt III. 597, 628; IV. 217 abstrakte Obligationen.
Litis aestimatio I. 174; II. 110.
Litis contestatio I. 171; Normalpunkt des Prozesses IV. 23 (u.).
Litiskreszenz I. 132 (36); II. 116 (128).
Locatio operarum III. 432 Klaglosigkeit im ältern R. 549; — locatio conductio zwei einseitige, übereinander geschobene Geschäfte IV. 203.
Logik, juristische III. 347, 601; — Überschätzung des logischen Elements im R. IV. 311; — Logik der Sprache III. 617; — des Rechts als angeblich schöpferisches Prinzip IV. 317.
Lokale Rechtssätze III. 337 (494), 342; jus singulare; — lokales Auftreten allgemeiner Prinzipien III. 342; — lokale Beschränktheit der älteren Rechtsgeschäfte (Einheit des Orts) III. 666 (926); IV. 153; — Beschränktheit auf Rom III. 667 (927).
Longi temporis possessio, Unterbrechung der Usukapion durch Anstellung der Vindikation III. 431 (593).
Luere I. 277 (u.).
Lynchgesetz I. 212, 282 (188c).

M.

Macht, Gedanke der Macht im Privatrecht II. 133; der Kern aller Rechtsverhältnisse II. 140 und 146 (u.); im öffentlichen Recht II. 260; — die Kehrseite der Pflicht II. 197, 297.
Magistrate, Kreation derselben durch die Vorsitzenden bei der Wahl II. 135 (145b), 281 (Stellung der Magistrate zum Senat); — IV. 230—233; — Selbständigkeit dem Volk gegenüber II. 265; Möglichkeit des Mißbrauchs II. 267; Garantie dagegen II. 271.
Magistratur, Machtfülle derselben II. 263, 269.
Mancipatio, Zweck I. 110, 140, 149; III. 437; — Gestalt und Anwendbarkeit III. 537 (705); — fragliche älteste Gestalt III. 540 (710), 432 (595); — charakteristisches Moment der Formel III. 486; — Mehrheit oder Einfachheit des Gegenstandes IV. 145 (Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte zu einem Akt); — Mitwirkung von 5 Zeugen III. 526, 545; — ein Scheingeschäft III. 537 (705), 528 (684); — Erfordernis der Präsenz der Sache bei derselben II. 108 (115); — IV. 312; — Ausscheidung des Kausalmoments IV. 212 (263); — Anwendungsgebiet II. 17, 163 (222); Verhältnis zum nexum III. 543; remancipatio fiduciae causa IV. 284.
Mancipium I. 110; II. 186; III. 437 (598), 532; Aufhören desselben mit dem lustrum II. 184 (274); II. 163.
Mandat IV. 203; ad agendum IV. 258.
Mandatum post mortem, praktischer Zweck des Verbots desselben IV. 273 (367).
Mannsstamm, Bevorzugung im Erbrecht II. 148 (163).
Manum conserere I. 114, 163; II. 163; III. 574, 644.
Manumissio II. 163, 168; III. 521, 525; — vindicta III. 576 (784); — censu I. 221; III. 673 (948); — Vornahme in Rom III. 667; — testamento, Stellung derselben im Testament III. 622 (861a); — inter amicos III. 671.
Manus I. 114; ursprüngliche Weite des Begriffs II. 162; — über die Ehefrau II. 187; — des Schwiegervaters über die Schwiegertochter II. 183 (273); Aufhebung der manus

bei der Ehescheidung IV. 280 (382); s. Hand. s. auch Ehe.
Manus injectio I. 114, 150; III. 641; s. auch legis actio.
Manzipationstestament IV. 283, 294.
Maske, symbolische Bedeutung III. 568 (760).
Materialismus des Rechts III. 420.
Meineid, Kognition der Pontifizes I. 276.
Menschenopfer I. 278 (185).
Menschenverstand, gesunder, Bedeutung im Recht III. 319.
Methode, juristische II. 140; III. 310; — naturhistorische III. 361; — der rechtsgeschichtlichen Darstellung I. 25.
Mietvertrag der eignen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Militärdiplom, Fassung III. 603 (816a).
Militärischer Charakter des röm. Königtums I. 253.
Militia urbana III. 414 (572).
Minderjährige, Schutz derselben IV. 121.
Mischvölker I. 312.
Mißbrauch, Konsequenz der Freiheit II. 267; — Verbot desselben II. 145; — Möglichkeit desselben bei der Testierfreiheit II. 148; — Mißbrauch der Familienverhältnisse für vermögensrechtliche Zwecke, s. Familienverhältnisse, Adoption, Arrogation Emanzipation.
Mißtrauen, als Motiv des Rechts II. 262.
Mobilien und Immobilien, Gegensatz II. 107; s. auch Immobilien.
Modus IV. 205 (259); Stellung desselben (Auflage) in der Formel III. 620.
Möglichkeit, abstrakt rechtliche im Gegensatz zur Wirklichkeit im Leben II. 141.
Mos, mores II. 278, s. Gewohnheitsrecht.
Motiv, subjektives, Bedeutungslosigkeit desselben für das Rechtsgeschäft IV. 210; historisches der Rechtssätze III. 338 (495).
Multa III. 617 (850); multae dictio seitens des Prätor gegen den judex II. 80 (77b); multa seitens der Staatsbehörde selber beigetrieben II. 86.
Mundium, die römische manus II. 164 (223).
Mutuum s. Darlehen.

N.

Nachbarrecht, paktiertes, Form desselben die Prädialservitut II. 231.
Nachträge zum Rechtsgeschäft, unstatthaft nach altem Recht IV. 156, 158.
Nationalcharakter, römischer I. 313.
Nationalität und Universalität des Rechts I. 3.
Naturalrestitution IV. 256; s. auch Restitution.
Naturimitation bei der juristischen Konstruktion III. 382 (525).
Natürlichkeit, angebliche, unserer heutigen Rechtsanschauung III. 663.
Necesse est im Gegensatz zu opus est IV. 238 (313).
Negation, prozessualische IV. 57; Spielraum derselben im Vergleich mit dem der exceptio IV. 63 (u.).
Negotium claudicans IV. 203.
Nehmen I. 110; III. 576.
Nemo alieno nomine lege agere potest, s. Rechtsregeln.
Nemo pro parte testatus usw. IV. 149, 319 (428), 322; s. Rechtsregeln.
Nexum I. 155 (62); I. 140; II. 155 (200); III. 543 (713); IV. 217; — Litiskreszenz beim Leugnen des Beklagten II. 116 (130): — abstrakte Obligation IV. 217, 283; — nexi solutio, liberatio III. 627.
Nichtigkeit als prozessualischer Einwand IV. 63; in Anwendung auf das Staatsrecht IV. 227.
Nihil tam naturale est quam usw. s. Rechtsregeln.
Nocet, Bedeutung bei der actio aquae pluviae arc. III. 460 (631).

Nomenklatur im Recht, Wertlosigkeit III. 332.
Novae tabulae, Erleichterung der Schuldenlast II. 74, 258.
Novation einer bedingten Schuld IV. 164 (201); IV. 307 (422); — Möglichkeit des Vorbehalts des Pfandrechts IV. 324 (433a).
Nozalklagen I. 131; IV. 324 (433a).
Nuncupatio III. 402; abstrakte Fassung derselben III. 596 (806); bei der mancipatio III. 546 (727b), 548, 550 (730a).
Nundinen III. 672 (939).

O.

Obligatio faciendi, dem alten Recht unbekannt, indirekte Erzwingung durch Konventionalpön IV. 257 und durch Einständer IV. Vorrede und 192 (240a).
— naturalis I. 137 (45); zwischen Herrn und Sklaven II. 171 (240); — des Pupillen IV. 203.
Obligation, juristische Konstruktion derselben III. 375; abstrakte IV. 215; — als allgegenwärtiges Element aller Rechtsverhältnisse IV. 185; — realistischer Ausgangspunkt derselben III. 440; indirekte Erzwingung der auf facere gerichteten Obligationen in alter Zeit III. 560; IV. 257; — Übertragung derselben IV. 319 (427); — zulässiger Inhalt IV. 338 (444) das Fehlen des Interesse.
Obsides IV. 193 (240a).
Öffentlichkeit im älteren R. II. 9; — der Rechtsgeschäfte, praktischer Wert III. 501; — des Prozesses II. 10; — des Rechtsverkehrs II. 11; der Testamentserrichtung II. 12.
Okkupationstheorie beim Schatzerwerb III. 374.
Ökonomie, juristische IV. 242.
Ökonomische Einheit der Institute im Gegensatz zur juristischen Gestalt derselben IV. 184.
Omnipotenz, angebliche des römischen Volkes II. 74.
Operae, locari solitae III. 432; servorum aus dem geistlichen Recht herstammend III. 403 (555b).
Operarum jurata promissio beim Freigelassenen IV. 142 (175), 205.
Ordnung, stilistische, bei Aufzählung des Verschiedenen III. 616.
Organische Auffassung II. 295; Gegensatz zur juristischen III. 350; Entwicklung im Recht IV. 6.
Ovis als Maskulinum III. 591 (798d).

P.

Pacisci I. 136 (44); II. 155 (200).
Pactum I. 136 (45); — fiduciae s. fiducia; — reservati dominii IV. 261 (Tradition einer res mancipi).
Parallelismus der Formen und Begriffe III. 485; — der Formen unter sich s. Korrespondenz.
Pater patratus I. 275 (177), 260 (u.).
Patria potestas II. 139, 146, 182; — tatsächliche Gestalt im älteren R. II. 211; I. 194; II. 156, s. auch hausherrliche Gewalt.
Patronat, Präjudizialklage IV. 97. (120).
Patronus I. 236 (131); — Ausdehnung des Ausdrucks auf dessen Kinder III. 460 (630).
Peculium der Sklaven II. 167, 179, 157 (205); — der Hauskinder II. 211 (324); — Vermögen des Klienten I. 240; — castrense III. 357.
Pecunia II. 157 (205).
Pendenz, Zustand des Werdens bei den Rechtsverhältnissen IV. 161, 167 (208), 171 (215).
Perduellio I. 256.
Perioden des Rechts I. 63.
Person, juristische I. 202 (99); III. 366 (u.); IV. 224, 255 (329); IV. 336 (442), 356, 364.
Persona, sprachliches III. 568 (760); — als systematische Kategorie I. 268; III. 461.
Personalexekution I. 133, 135; II. 153.

Persönlichkeit, Bedeutung derselben im öffentlichen Leben II. 260; Idee der atomistischen Persönlichkeit im ältern Privatrecht II. 202.
Pfandrecht, abstraktes IV. 216 (265b) Gegenstand desselben; — realistischer Ausgangspunkt III. 439 (603); — Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elementes IV. 183 (229); — Indifferenz des Pfandrechtsbegriffs gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen u. unbeweglichen Sachen II. 107.
Pflicht, sittliche und rechtliche Unterscheidungsmerkmale II. 58; — die sittliche Pflicht als Kehrseite des Rechts; im Familienrecht II. 197; im öffentlichen Recht II. 297.
Pflug III. 567 (758a) als Symbol; Zerstörung der Städte durch denselben III. 628 (865).
Piaculum I. 270; III. 661; IV. 228 (279).
Piamentum I. 270.
Pignus II. 229 (356); III. 427 (584d); — Formlosigkeit III. 522; — Struktur IV. 139; — Verbindung des dinglichen und obligatorischen Elementes IV. 183 (229); — pignoris capio I. 150, 294 ihre Ausbildung durch das geistliche Recht; — II. 116 (129); — für das aes militare, equestre, hordiarium II. 101 (101); — das Verfahren bei ihr III. 639; s. auch legis actio.
Plastik des ältern R. II. 15.
Plebejer, älteste Stellung I. 244 (140a); — Bedeutung derselben für die Entwicklung des R. I. 180, 336, 344, 358 (u.).
Plus petitio IV. 57 (u.).
Poena, sprachliches I. 277; — Abfindung der Rache I. 135, 212, 213; — Entstehung der Privatstrafe I. 133, 139; — pecuniaria von der Staatsbehörde selber beigetrieben II. 86.
Pönalklagen II. 115; prozessualische IV. 112 (u.); II. 118 (135).
Pons sublicius I. 305 (214).
Pontifices I. 292; — ihr Einfluß auf das Zivilrecht I. 294; — Ende der pontifizischen Periode III. 405; III. 401, 599 (814).
Popularklage I. 186 (81), 201, 211; s. auch actiones populares.
Positivismus, juristischer I. 22.
Possessio s. Besitz.
Possessor, justus, injustus I. 166.
Postulatio suspecti tutoris II. 296 (469); IV. 121.
Potestas II. 162 (217); — s. patria potestas.
Praeda, Praedium, Praes I. 112 (15).
Praedes, vendere I. 163; — litis ac vindiciarum IV. 192 (240a); II. 85 (84a).
Prädialservituten, Erfordernisse II. 229; — Interesse IV. Vorrede u. 344 (453), 345 (455); — Bestellung in Rom III. 667; — deductio III. 549 (729); — Alter derselben III. 432 (595); — Gesichtspunkt des paktierten Nachbarrechts II. 231.
Praediator II. 85 (84a) das Aufkaufen von Staatsforderungen.
Praedium rusticum, urbanum II. 107; Veräußerungsverbot II. 108 (115).
Praefectus annonae II. 255 (398).
Präjudizialklage bei der Dos IV. 71 (60); — bei der quarta Falcidia IV. 73 (70); — beim Patronat IV. 97 (120) an aliquis libertus sit.
Praktikabilität I. 48 ff. III. 328.
Präsens, Gebrauch desselben III. 611 (836).
Präsenz des Tatbestandes IV. 159; — bei Gericht III. 574, Gegenwart der vindizierten Sache; — III. 667, 671.
Praestare IV. Vorrede.
Praesumtio I. 55; Muciana II. 192 (290).
Praeteritio der Kinder im Testament II. 103 (105); — der sui, Ungültigkeit des Testaments zurückführbar auf einen wesentlichen Irrtum des Testators über Vorhandensein des suus IV. 68 (52).

Prätor, Sprache III. 608, 612 (836a); Stellung desselben im Legisaktionenprozeß II. 78; III. 649 (897); Mitwirkung desselben bei formellen Geschäften III. 525.
Prätur, Einführung III. 405.
Praxis II. 34 (17); III. 466 (635); IV. 106 (130a).
Präzedentien II. 275 (429).
Precarium, Landleihe an die Klienten I. 239, 240 (138); precarium der eigenen Sache nicht möglich IV. 67 (49).
Priester, Stellung derselben I. 342.
Prinzipielle Gestaltung des R. durch den Gesetzgeber III. 353.
Privatdelikte, materialistischer Zuschnitt im ältern R. III. 424.
Privateigentum an Grundstücken I. 198.
Privatexekution des Urteils durch den Kläger I. 165.
Privatrecht, ursprüngliche Unabhängigkeit vom Staat I. 219; — Stellung desselben gegenüber dem souveränen Volkswillen II. 61, 67; — Form des Gesetzes im Vergleich zum Kriminalrecht II. 41, 45, 272(u.).
Privilegium I. 217; der Frauen I. 65 (u.); der Vestalinnen, Soldaten s. diese; privilegia odiosa, favorabilia II. 96 (99).
Procurator in rem suam IV. 258.
Produktion, juristische III. 387.
Proletariat II. 249.
Pronuntiatio I. 174 (o.).
Proprium I. 210 (103).
Protutor III. 671 (937).
Provokation aus Volk I. 257 (159).
Prozeß, Allgemeines: Bedeutung für das Recht II. 20; Notwendigkeit seiner Organisation IV. 15; Verhältnis seiner Entwicklung zu der des materiellen R. IV. 18, 66, 179; — altrömischer: Gesamturteil IV. 133; Präponderanz im ältern R. IV. 17; — Zersetzungszwang IV. 20; Beispiele 27—30; Grundsatz der einen Frage IV. 21, 56; — Trennung in jus u. judicium II. 78 (u.); — Übergang des Legisaktionen- in den Formularprozeß III. 648; — Verwendung desselben zu fremdartigen Zwecken IV. 265; — die Verteidigung im Prozeß IV. 48; in Form der Negation IV. 57, der Exzeption IV. 63.
Prozeßobligationen, Form derselben IV. 187.
Pubes I. 249 (147).
Publicani II. 83 (u.); IV. 357 (467); — Klage gegen sie wegen Erpressung unzuständiger Abgaben II. 116 (127); ihre Stellung als die Bankiers der römischen Welt IV. 220.
Publicatio bonorum I. 278 (u.).
Publicus I. 210 (u.).
Purus I. 277 (181b).

Q.

Quadruplator IV. 114 (141).
Quando in der Formel III. 623 (861c).
Quarta Falcidia Verfahren beim Abzug derselben IV. 73 (66) ipso jure minui.
Querela inofficiosi III. 501 (o.).
Quiris I. 115 (u.).
Quotiens per eum, cujus interest conditionem usw. s. Rechtsregeln.

R.

Rache, Zusammenfallen mit der Selbsthilfe im ältesten R. I. 124, 129; s. Strafrecht.
Rapere I. 110.
Ratihabition IV. 161.
Ratio juris, Verhältnis zur utilitas III. 386 (528a).
Rauduscum III. 539 (708).
Raumfrage im Recht III. 662.
Realisierbarkeit, materielle und formale I. 51, III. 328.
Reallasten IV. 314, Umschwung im Obligationsbegriff IV. 320.
Recht im objektiven Sinn — Naturlehre des R. I. 24; logischer Organismus, Struktur I. 27; — System

I. 37; physiologische Betrachtung des Rechtsorganismus I. 48; Funktion desselben I. 48; Verhältnis der Funktion zur Struktur I. 50; — Entwicklung des objektiven R. aus dem subjektiven, s. dispositives R. — R. und Sitte II. 32, 38, 274, 299; — Fixierung des R. II. 28; geringe des Kriminal- und öffentlichen R. II. 45, 273; — Schwierigkeit der geistigen Beherrschung des R. III. 313; geschriebenes und ungeschriebenes Recht II. 28; Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des ersteren II. 62; — die Verwirklichung des R. III. 322 (Praktikabilität 328); Haften desselben an der Äußerlichkeit III. 420 (sinnliches Element des älteren R.); angebliche Geheimhaltung des Rechts III. 393.

Recht im objektiven Sinn: altnordisches I. 123 (26), 124 (27[a]), 139 (48[b]), 281 (188), 282 (188[b]); II. 159 (208).

— angelsächsisches I. 188 (85); II. 184 (274).

— chinesisches II. 26.

— dänisches I. 159 (64[c]); IV. 103 (129[a]).

— deutsches, Unterschied zwischen ihm und dem römischen II. 101 (101), s. germanisches R.

— dispositives, s. letzteres.

— englisches I. 123 (26), 139 (48[a]), 142 (52), 159 (64[c]), 236 (130[b]); 240 (137[a]), 255 (155[a]), 301 (208[b]), 324 (228); II. 107 (113), 157 (205); III. 430 (592), 506 (673), 510 (675[b]), 573 (776[c]), 580 (785[a]), 588 (797), 630 (866[b]), 634 (874), 646 (893), 656 (907), 659 (909[a]); IV. 84 (91[a]), 105 (129[d]), 118 (151), 244 (o.).

— florentinisches IV. 237 (307), 276 (377[a]).

— französisches III. 430 (592), 479 (654[b]), 630 (866[b]), 634 (874), 647 (893).

— geistliches II. 97 (100), s. fas.

— germanisches I. 81 (33), 120 (25[a]), 124 (27[a]), 129 (28[b]), 138 (46[a]), 142 (52), 159 (64[c]), 185 (79), 196 (89), 216 (107), 226 (123[a]), 236 (130[b]), 239 (136), 240 (137[a]), 246 (141), 248 (142), 248 (143), 268 (164[a]), 281 (188), 282 (188[c]), 301 (209), 302 (210[a]); II. 48 (30), 50 (32), 58 (43), 107 (113), 108 (114), 111 (118), 121 (140), 124 (143), 151, 164 (223), 167 (228); III. 424 (583[a]), 479 (654[b]), 490 (663), 496 (665[a]), 500 (668), 506 (673), 552 (735[a]), 558 (747), 573 (776[c]), 647 (893); IV. 93 (114), 94 (115).

Recht, griechisches I. 120 (25[a]), 159 (64[c]), 237 (131[a]), 240 (137[a]), 266 (163[a]), 281 (187[b]), 301 (209), 303 (211[a]), 317 (u.); II. 11 (4), 32 (15), 33 (16), 40 (18), 46 (29), 159 (208); IV. 236 (307), 276 (376).

— Handelsrecht s. dieses.

— indisches I. 311 (219).

— indogermanisches Recht I. 81, 93 (2), 317 (223); II. 159 (208).

— isländisches I. 120 (25[a]), 218 (114), 282 (188[b]), 296 (205); III. 602 (816).

— jüdisches I. 120 (25[a]), 296 (205), 311 (219); II. 184 (274), 195 (297); III. 494 (664[b]).

— kanonisches I. 293, 352 (256); IV. 112 (135).

— montenegrinisches I. 283 (189).

— moslemitisches I. 133 (39), 226 (123[a]), 236 (130[b]); II. 26 (13[d]); III. 494 (664[b]), 510 (675[b]), 593 (801); IV. 324 (434).

— orientalisches I. 196 (89); II. 26.

— österreichisches III. 372 (515), 430 (592).

— preußisches III. 430 (592), 483 (657), 489 (662).

— römisches, Bedeutung für die heutige Zeit I. 2, 13; Kritik desselben I. 15; Unzulänglichkeit der bisherigen Versuche I. 18; — Weg zum Ziel I. 24; — angeblicher absoluter Charakter II. 294 (468); III. 348; — Frucht desselben II. 294; — drei Systeme seiner Entwicklung I. 81; — Ausgangspunkte und Urzustände I. 89; Entstehungsgeschichte desselben I. 94.

Recht, ruſſiſches I. 41 (14a), 67 (20b), 123 (26), 124 (27a); II, 157 (205); IV. 105 (129d).
— ſlawiſches I. 311 (219).
ſubſidiäres II. 300.
Recht im ſubjektiven Sinn; — Begriff IV. 327; ſubſtantielles Moment des R. Der Willensformalismus IV. 329; Intereſſe, Gut, Wert IV. 339; Inhaltsmomente der Rechte II. 139; III. 366; IV. 339, 351; — Recht Willensmacht II. 293; — Quelle desſelben I. 107; 220; II. 60, 61 (48); Unübertragbarkeit nach altem R. III. 436; — Einſeitigkeit II. 295; — Unverletzlichkeit II. 67; — Rechte des ältern Privatrechts IV. 311—326.
Rechtloſigkeit der Fremden I. 226.
Rechtsbegriff I. 37; III. 363; hiſtoriſcher Charakter III. 347; IV. 312; — Kunſtprodukte IV. 181.
Rechtsgefühl II. 36; römiſches I. 328; II. 68, 306.
Rechtsgeſchäft IV. 134; formelles III. 474; formloſes III. 475; formwidriges III. 488; einfaches, kombiniertes IV. 136—139; ſimuliertes III. 528 (685); IV. 275; denaturiertes IV. 296; materielle Erforderniſſe: Einfachheit des Verhältniſſes IV. 139; Einheit der Handlung IV. 152; Präſenz des Tatbeſtandes IV. 159; Beſchränkungen rückſichtlich der Zeit der Vornahme III. 673 (947); — Korreſpondenzverhältnis in der Struktur des Prozeſſes und Rechtsgeſchäftes IV. 134—140; Konzentration des Rechtsgeſchäftes IV. 151; Simultaneität der Wirkungen IV. 174; Unteilbarkeit IV. 176; Gemeinſchaftlicher Abſchluß durch mehrere IV. 154; Seitenſtück zur actio IV. 178; nur in Rom vorzunehmende III. 667; Gegenſatz des römiſchen und modernen IV. 177.
Rechtsinſtitut I. 36; III. 360; zuſammengeſetzte IV. 182; Grundſatz der elementaren Einfachheit derſelben IV. 178—205; ſelbſtändige, unſelbſtändige, konkrete, abſtrakte III. 344.
Rechtspflege, Interzeſſion der Magiſtrate II. 81; Verhältnis zur Verwaltung und Polizei II. 83.
Rechtsregeln: Nemo alieno nomine lego agere potest I. 203; nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest IV. 149, 319 (428), 322; — nihil tam naturale est quam eodem genere uſw. III. 626 (862); I. 28; latente I. 29; Differenz zwiſchen den formulierten und latenten I. 31, 35; — mit prozeſſualiſcher Funktion IV. 66, 78; — Verarbeitung derſelben III. 354, 358.
Rechtsſchutz, Bedürfnis, Grenze IV. 351.
Rechtsſtoff, Vereinfachung desſelben III. 329—333; logiſche Konzentration III. 352; juriſtiſche Konſtruktion desſelben III. 357.
Rechtsträger in Gemeinſchaftsverhältniſſen IV. 222 (juriſtiſche Perſon 225); teſtamentariſcher IV. 248, ſ. Fiduziar.
Rechtsverhältnis II. 140; — Gedanke der Einſeitigkeit in der Struktur der Rechtsverhältniſſe des alten R. IV. 199 (250).
Rechtswohltat des Inventars IV. 313.
Rechtszweck, ſ. Zweckmoment.
Recipere IV. 219 (270).
Redner, Unterſchied vom Juriſten III. 411, 412.
Reflexwirkung fremder Rechte IV. 339 (445).
Regula Catoniana IV. 162 (191).
Reihenfolge, vorgeſchriebene, der Worte III. 591 (798c).
Reinigung von der Schuld durch die Strafe I. 277.
Reiperſekutoriſche Klage, Gegenſatz zur Pönalklage IV. 28, 40.
Reivindicatio, hiſtoriſcher Zuſammenhang mit dem Syſtem der Selbſthilfe IV. Vorrede, Korreſpondenz zwiſchen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts III. 628 (866); — causa bei derſelben IV. 89 (103), IV. 105; Contravindicatio IV. 92; ein einziger Gegenſtand IV. 31; dinglicher und obligatoriſcher Charakter IV. 188; Haftung des Beklagten wegen dolus praeteritus und wegen der

Früchte IV. 189, 190 (233); Verletzung der vindizierten Sache vor dem Prozeß IV. 30 (10); deducto usufructu IV. 82; utilis IV. 198, 213 (265); — exceptio doli gegenüber der reivind. IV. 190; — Vereinfachung der Beweislast IV. 212; — Verhältnis zur actio Publiciana IV. 105; — Urteil IV. 193; Exekution IV. 195, 196 (244); — reiv. per sponsionem III. 559; II. 149.

Religion, Numa Gründer I. 95; Einfluß auf das Recht I. 266, 289, 294; sekundäre Stellung I. 253; praktische Behandlung in späterer Zeit I. 341; römische Religiosität I. 323; — Vergleich derselben mit dem Recht I. 350 (247).

Remancipatio s. mancipatio.

Remissio mercedis bei öffentlichen Verpachtungen II. 300 (470).

Res corporales, incorporales III. 438 (601); mancipi I. 112, II. 163, 166 (o.); publicae IV. 348 (460), 360; religiosae IV. 348 (460), 360; res sacrae IV. 360; res extra commercium IV. 360; — res und persona als systematische Kategorien I. 268; III. 401.

Resolutivbedingung IV. 168 (210), 213 (265).

Respondere III. 414 (572).

Restitutio II. 93, 304; propter capitis deminutionem III. 500; — der Minderjährigen IV. 213 (264); — natalium IV. 307 (422); — Naturalrestitution im Prozeß indirekt erzwingbar IV. 256, arbitrium de re restituenda.

Retentionsrecht, älteste Form IV. 70, 74.

Rex I. 252.

Rezeption fremder Rechte, insbesondere des römischen I. 5, 12; — griechischen Rechts in Rom I. 316.

Richter, Vereinbarung der Parteien über ihn I. 169; — Kriterium der Selbständigkeit der Rechtspflege II. 20; Gebundenheit des altrömischen Richters II. 109; IV. 20; — Stellung zum Prätor II. 79; — Unumstößlichkeit des richterlichen Urteils II. 82 (o.); — Richteramt des Hausherrn II. 196.

Ring III. 565 (754).

Rogare, der Zeugen beim Testament I. 146 (u.); des Volks I. 216 (108); — in jure III. 613.

Römer, Volk: Entstehung nach der Sage I. 95; synkretistische Bildung I. 312; — angebliche Abstammung von den Griechen I. 316; — Wesen des römischen Geistes I. 314, 318; — Prädestination zum Recht I. 327. —

Romulus, Repräsentant des weltlichen Rechts I. 95; — Brudermord I. 286 (u.), 331.

Rückwirkende Kraft im geistlichen Recht III. 402 (552).

Rustikalservituten, älteste Art IV. 344 (453). — Gegensatz zu den Urbanalservituten II. 229 (357); Erwerb derselben III. 534; durch Hausangehörige III. 534 (692).

S.

Sachen, rechtliche Verschiedenheiten II. 106—111, s. res; — Präponderanz derselben im älteren R. III. 433; — Sukzession in Sachen III. 436.

Sacra I. 269; II. 139 eine vermögensrechtliche Last; Befreiung von ihnen IV. 284.

Sacramentum I. 132, 173, 298 (206), 305, 306; II. 86 (84c); IV. 34; 195 Sakramentsprozeß.

Sanctio legis IV. 236 (306).

Savigny I. 3, 12, 18.

Sazertät I. 279, Fälle 280; I. 270 (167a).

Schadenersatz, Gesichtspunkt der poena I. 139 (49); II. 110 absolute und relative Ästimation desselben.

Schatzerwerb III. 374.

Scheinakte, erzwungene III. 512 (676d).

Scheingang III. 506 (675).

Scheingeschäft III. 512; Begriff III. 528; IV. 277, 281, 283; — Wahrung des Scheines III. 352;

Ursprung IV. 288 (394); — Mechanismus IV. 290; im geistlichen u. öffentlichen Recht I. 351; III. 399 (545).
Schenkung, Form III. 486 (659); Auflage eines modus IV. 204 (259).
Schlagworte, terminologische II. 302 (u.); III. 587.
Schleichwege, juristische IV. 262.
Schlüssel, Symbol III. 566.
Scholle, Symbol, s. vindiciae.
Schriftlichkeit, Allgemeines III. 499, 593 (u.); — Üblichkeit III. 594; — beim Votum III. 402, 597 (809).
Schuldenwesen in älterer Zeit II. 257.
Schuldknechtschaft II. 153; vertragsmäßige II. 155 (200).
Schuldmoment als Maßstab für die Würdigung des Unrechts I. 127.
Schulerklärungen der römischen Juristen IV. 322.
Schüssel, Symbol III. 566.
Schwert, Symbol III. 564.
Secare in partes s. Personalexekution.
Selbständigkeitstrieb des R. II. 19—28; — innere Selbständigkeit des R., Ausscheidung fremdartiger, besonders religiöser, moralischer, politisch-ökonomischer Elemente II. 50—62.
Selbstbestimmung als Aufgabe des Rechts II. 24.
Selbsthilfe, System derselben in der Urzeit I. 118; — Formen und Umfang der legalen Selbsthilfe I. 150; — Verbot derselben I. 166 (69b).
Selbstsucht, nationale der Römer I. 319, 325.
Selbstverwaltung, politische II. 135.
Senat, Bestimmung I. 249; — staatsrechtliche Stellung II. 281; — Gebrauch des Konjuktivs und Infinitivs III. 608, 609.
Senatusconsultum: Claudianum IV. 269 (349); — Macedonianum III. 491; — Beseitigung seiner Wirkung durch Eid; — Pegasianum IV. 278; IV. 314 historischer Charakter der Rechtsbegriffe; — Persicianum IV. 269 (349); — Trebellianum IV. 314; — Vellejanum III. 491. Beseitigung seiner Wirkung durch Eid.
Senex coemtionalis IV. 285 (387).
Servi publici II. 248 (382a); IV. 252 (323), s. Sklaven.
Servitus in faciendo consistere nequit IV. 201; — servitus fundo utilis esse debet IV. 345; — zulässiger Inhalt IV. 338 (444).
Servituten II. 229, III. 341; — Bestellung von Urbanal- und Personalservituten nur in Rom III. 667; — mittelst deductio IV. 143; — seitens mehrerer Miteigentümer in einem Akte IV. 154 (185); s. auch Prädialservituten, Rustikalservituten und Ususfruktus.
Sestertius nummus unus III. 548.
Si agnatus nec escit III. 456.
Si intestato moritur, Satz der XII Tafeln III. 456.
Silex III. 511 (676c).
Simulierte Geschäfte IV. 282; s. auch Rechtsgeschäfte.
Simultane Entstehung des Rechtsgeschäfts IV. 160.
Singularsukzession III. 436.
Sinnliches Element des ältern R. III. 420.
Si pater filium ter venundait II. 184; III. 458.
Sitte, die Selbstbeschränkung der Freiheit II. 308; — Macht derselben II. 143; auf dem Gebiet des Familienrechts II. 172 (Sklaven), 201, 203 (Frau), 211 (Kinder); des öffentlichen R. II. 274; s. Recht.
Sittlichkeit II. 295; Schutz durch den Zensor II. 52.
Sklaven, rechtliche Gestalt des Verhältnisses II. 166; — Gestalt im Leben II. 173; — sozialer Einfluß II. 242, 246; — Sklaven als Stellvertreter IV. 253; — Einsetzung zu Erben, Stellung im Testament III. 451; — Zweck IV. 249, 250, 273.
Societas omnium bonorum II. 102 (102a); — societas Vereinbarung über den demnächst zugrunde

zu legenden Taxwert der Sache II. 114 (119); — IV. 203.
Sold II. 254.
Soldat II. 101 (101); III. 417.
Solenne, sprachliches III. 584 (794).
Soziale Frage in Rom II. 237.
Sparsamkeit, logische, der Jurisprudenz IV. 242.
Speer, Symbol I. 113; III. 506 (u.), 564 (u.).
Spekulation, juristische III. 387.
Spezifikation III. 428 (586), 387; IV. 319 (429), 323 (433) Gesichtspunkt der Herrenlosigkeit.
Spiele, Klagbarkeit IV. 343 (452), öffentliche II. 252.
Spolienklage III. 466 (635); IV. 320 (430).
Sponsalia, Klaglosigkeit derselben II. 223 (346); IV. 169.
Sponsio I. 303 (211a); III. 555 (739), 559 (748), 593 (800); — praejudicialis II. 86 (84e); III. 530 (686), 552; IV. 257; — tertiae partis II. 117 (133), 225 (351); — für eine zukünftige Schuld nicht möglich IV. 164 (202).
Sprache, lateinische, bei Rechtsgeschäften III. 593 (800); — juristische Individualisierung mittelst der sprachlichen Formen III. 601.
Sprechen beim Rechtsgeschäft III. 594; — zur Konstatierung des Handelns III. 563.
Staat, altrömischer: Standpunkt der subjektivistischen Anschauung I. 209; — Zusammenhang mit Familie und Wehrverfassung I. 181; — Aufgabe desselben der Freiheit des Individuums gegenüber II. 194, 219; — Sorge desselben für das Wohl des Individuums II. 234, 259.
Staatsansprüche, Realisierung derselben I. 162; II. 83.
Staatsrecht, Privatrecht, Gegensatz in der Behandlung II. 286.
Staatsverfassung der Römer, eine Wehrverfassung I. 245; — militärische Einteilung des Volkes I. 247; — Elastizität der öffentlichen Gewalten II. 287 (457); — System der Vitiosität der politischen Akte IV. 230; — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze IV. 235.
Stadtmauern, Unverletzlichkeit derselben I. 287.
Stadtrecht, das alte Recht III. 672.
Stadt Rom, Konzentration, Einfluß auf das Recht I. 339; — Vornahme bestimmter Akte in Rom I. 351; III. 667.
Stahl I. 18; II. 29 (20); III. 350 (499); IV. 199.
Statuliber II. 169, 170 (235).
Stellvertretung, Unstatthaftigkeit nach altem R. IV. 176; — Ausnahme bei dem agere pro tutela II. 106 (111); — Surrogate derselben IV. 252; — logische Unmöglichkeit derselben bei Obligationen IV. 319 (427); — beim Eide eines flamen dialis I. 352; — direkte Stellvertretung des heutigen R. IV. 320.
Steuerwesen II. 83.
Stiftungen IV. 359 (468a).
Stil, juristischer Kunststil der verschiedenen Perioden III. 380; — pontifizischer III. 397; — sprachlicher der römischen Gesetze, Senatsbeschlüsse, Edikte III. 603.
Stipulatio III. 485, 555; IV. 218. — Einfachheit des Gegenstandes im alten R. IV. 145 (181); — Einheit des äußern Aktes bei ihr IV. 153 (184); — Ursprung nicht aus der nuncupatio der mancipatio III. 550 (730); — in fremder Sprache III. 593 (801); — Anwendungsgebiet III. 559; — dupli II. 114 (119); — prätorische Stipulationen II. 114 (120); — eine abstrakte Obligation IV. 217; — Obligationen des älteren R. von wesentlich einseitiger Art IV. 201.
Strafe, öffentliche, der ältesten Zeit I. 278; — Auffassung derselben als religiöses Sühnemittel, als Privatgenugtuung, als Ausübung der Strafgewalt des Staates I. 78, 265. Privatstrafe s. poena.
Strafgewalt der Gens I. 191; — des Volks I. 212; II. 46; —

des Königs I. 255; — des Pontifex maximus I. 276; — des Hausherrn II. 183, 196, 212.

Strafklage ſ. Pönalklage.

Strafprozeß, älterer II. 46; — Milderungen in ſpäterer Zeit II. 136.

Strafrecht, älteres, religiöſer Charakter I. 275; — mangelnde Fixierung des Strafrechts der Republik II. 45.

Stumme, Unfähigkeit zu Rechtsgeſchäften III. 487 (659a), 598 (813).

Subjekt der Rechte, Beſtimmung desſelben III. 366.

Subſtantielles Moment des ſubjektiven R. IV. 339.

Subſtitution (eine ungültige direkte, als gültige fideikommiſſariſche aufrecht erhalten) IV. 278 (378); — substitutio pupillaris IV. 335 (441a).

Successio graduum III. 457, 461; — in die Sache, nicht in das Recht III. 436.

Sukkumbenzgeld I. 132, 270; II. 86 (84c) von der Staatsbehörde unmittelbar gegen den Schuldner beigetrieben.

Sukzeſſive Perfektion des Rechtsgeſchäftes IV. 160.

Summariissimum III. 466 (635).

Summum jus summa injuria II. 91 (91); III. 449 (612).

Superfizies, Struktur IV. 139, 183 (226) Verbindung des dinglichen und obligatoriſchen Elements.

Superstites I. 144 (55); III. 574.

Supplicium I. 278 (183).

Symbole des römiſchen R. und Lebens III. 564.

Syngrafa für die Peregrinen IV. 220.

Syntax in der juriſtiſchen Geſchäftsſprache III. 615.

Syſtematik, juriſtiſche, Wert derſelben III. 330.

T.

Tabulae, ſ. Schriftlichkeit.

Tafeln, die zwölf; ſ. dieſe II. 41, 62, 67; III. 633; — die einzelnen Sätze ſ. an den betreffenden Stellen nach den Anfangsworten zitiert.

Talion I. 133, 136, 138.

Talmud I. 17; II. 195 (297).

Tatbeſtand, Zuſchnitt zum Zweck des Beweiſes IV. 206; analytiſche Vereinfachung IV. 207.

Taube, Unfähigkeit zu Rechtsgeſchäften in alter Zeit III. 487 (659a), 598.

Tauſchperiode III. 432 (595).

Tauſchverkehr III. 435.

Technik, juriſtiſche, allgemeine III. 309; praktiſche Bedeutung III. 326; — die drei Fundamentaloperationen derſelben, Analyſe, Konzentration, Konſtruktion III. 334 flg.; — die altrömiſche III. 390.

Teilbarkeit des Grundeigentums II. 150.

Tempus continuum, utile II. 109, 110 (115a).

Terminologie, juriſtiſche III. 331.

Teſtament — in comitiis calatis I. 145, 220; — Öffentlichkeit der Errichtung III. 500; II. 14, 148; — Vornahme in Rom III. 667; ein form. Geſchäft III. 525; III. 673 (947); — IV. 148. — per aes et libram III. 528, 533, 535, IV. 244, IV. 294, 312 (426), I. 148. — in procinctu II. 101 (101); Mitwirkung des Heeres bei der Errichtung III. 525; — Komitialteſtament IV. 313 (426) Übergang von ihm zum Manzipationsteſtament; — Schriftlichkeit III. 594, Verſiegelung IV. 155 (186a); — Einfluß der Zeugen auf den Teſtator II. 148; — imperativiſche Form I. 146 (u.); III. 606 (824); — Univerſalrechtsgeſchäft IV. 147; — ſchwebendes Geſchäft, Unentbehrlichkeit der Bedingung IV. 170; notwendige Fortdauer der testamenti factio IV. 172; — dies ex quo IV. 175 (222); — Teſtamentsexekutoren, römiſche Form IV. 247; —

ruri und tempore pestis conditum III. 488 (660); — ruptum IV. 173.
Testierfähigkeit der Frauenzimmer II. 105 (109).
Testierfreiheit II. 226 (353); — IV. 149 Beschränkung derselben durch die Regel nemo pro parte.
Testimonium domesticum III. 535 (695).
Testis, Hypothese über die älteste Funktion desselben I. 142; — Geschäfte vor Zeugen III. 525 (682); — Aufforderung an sie III. 544 (722).
Thesaurus, Konstruktion des R. des Grundeigentümers III. 374 (515b).
Titulus putativus bei der Usukapion III. 430.
Topographie, juristische, Roms III. 666 (926).
Traditio I. 110; longa manu III. 429; brevi manu III. 316 (474).
Tradition der res mancipi, praktischer Zweck IV. 261; — in incertam personam III. 376 (518), 379 (521); — condictio wegen mangelhafter causa IV. 213.
Transitio ad plebem IV. 296 (401).
Tribun II. 266 Machtfülle der Magistratur.
Tripartita des Aelius III. 637 (880).
Tutela II. 267 (420), 296; — Interesse des Vormundes daran III. 462; — sittliche Verpflichtung IV. 200 (253); — cessitia III. 537 (700); — tutela legitima, ihr Untergang durch coemptio IV. 286; in jure cessio derselben IV. 287; — mulierum II. 189; Tendenz das Vermögen der Familie im Mannsstamm zu erhalten II. 148 (163); III. 537; — impuberum II. 105; — agere pro tutela II. 106 (111); — Zwang der Agnaten zur auctoritas bei Eingehung der Manusehe IV. 286 (390); IV. 280 (381).
Tutor II. 106; — Atilianus IV. 312 Dativtutel.
Tutoris auctoritas IV. 155; datio, Form III. 606 (826); Stellung im Testament III. 620 (857), 622 (861).

U.

Umgehung bei Rechtsgeschäften III. 453 (620); — bei Gesetzen III. 468 (640); IV. 264 (339); der Wuchergesetze IV. 273 (369).
Umwege in der Religion I. 351; im Recht IV. 246, 262, 277.
Unbestimmtheit des Inhalts der Rechtsgeschäfte bei Abschluß derselben IV. 165 (204); der Person bei Versprechungen IV. 165 (206), 252 (323); bei testamentarischen Zuwendungen IV. 250; der Destinatäre bei Stiftungen IV. 355; bei Korporationen IV. 222.
Unbilligkeit II. 93.
Unförmliche Rechtsgeschäfte s. formwidrige.
Ungleichheit und rechtliche Verschiedenheit II. 95.
Universalität des Rechts I. 9; — angebliche des römischen II. 294; s. absolut.
Universalsukzession III. 436.
Unmündige, Schutz derselben IV. 121.
Unrecht, objektives, subjektives I. 126.
Untersuchungshaft II. 136 (147).
Unübertragbarkeit der Rechte (Obligationen, Servituten, Erbschaft, Manzipium) III. 437.
Urbanalservituten IV. 344 (454); s. Prädialservituten.
Urteil des Richters I. 173; III. 605; Erstreckung auf zukünftige Leistungen durch cautio IV. 255; auf Naturalleistung IV. 256; — schriftlich und mündlich III. 597 (810).
Usukapion III. 430 (592); — der Erbschaft III. 464 (634); — pro herede I. 294 (200); — Ausschließung derselben bei den Servituten IV. 322 (431a).
Usurae s. Zinsen; — rei judicatae II. 115 (125); — supra alterum tantum II. 116 (126).
Usurpatio II. 193; III. 567 (757).

Usus bei der Ehe II. 193 (294); — publicus, Recht des Gemeingebrauchs IV. 348 (458).

Ususfructus Struktur IV. 139, 183; — ex die IV. 175 (221); — deductio IV. 82 (89).

Uti legassit super pecunia II. 65 (53); III. 460.

Utilitas Verhältnis zur ratio juris III. 365, 386 (528a).

V.

Vades IV. Vorrede u. 193 (240a).

Vakuf des türkiſchen R. I. 236 (130b).

Väterliche Gewalt IV. 199, ſ. patria potestas.

Veräußerlichkeit des Eigentums II. 149.

Veräußerungsverbot, Wirkung im älteren R. II. 150 (Widmung einer ſtreitigen Sache an den Tempel; fundus dotalis). — Abſtufung IV. 348.

Verba contraria III. 627 (863); solennia, certa, concepta III. 584 (794).

Verbalformen, juriſtiſcher Gebrauch III. 603.

Vereinfachung des Rechts, quantitative, qualitative III. 327, 329.

Verhaftung des Angeklagten durch Interzeſſion eines Tribunen abwendbar II. 136 (147).

Verkauf ſ. Kaufkontrakt.

Verlöbnis ſ. Sponſalien.

Vermögen, pſychologiſche Schätzung desſelben nach der Schwierigkeit des Erwerbes I. 134; Beſtimmung desſelben für die Perſon IV. 331, 334.

Vermögensfähigkeit der Hauskinder III. 357.

Verpfändung IV. 349 (461); zukünftiger Sachen IV. 169, ſ. pignus. Verpfändung der eignen Sache des Gläubigers nicht möglich IV. 67 (49).

Verpflichtung ſ. obligatio.

Verſchuldung I. 127.

Verſprechen III. 613; — an unbeſtimmte Perſonen, Form IV. 251; — wörtliches Nachſprechen III. 596.

Verteidigung im Prozeß, Notwendigkeit ihrer Organiſation IV. 48; — in Form der Klage IV. 110.

Vertrag, Bedeutung für die Entwicklungsgeſchichte des geſamten R. I. 224 (o.), 235 (o.).

Verträge des jus gentium, formloſe III. 522; — abſchließbar unter Abweſenden IV. 144; III. 664; über res propria IV. 67 (49); — ſ. contractus.

Verunreinigung I. 277 (181).

Verwandte, Zuziehung derſelben beim Familiengericht II. 214.

Veſtalin, Privilegien II. 97 (100); — Raub derſelben I. 113 (17a); III. 403 (554).

Vicarius des Sklaven II. 180 (264).

Videri als techniſcher Ausdruck III. 610 (832).

Vindex, libertatis I. 132 (35), 153.

Vindicatio I. 163 (69); IV. Vorrede; — in servitutem I. 155; — incertae partis IV. 76 (77); — einer Herde IV. 31 (13), 38 (22); — von verbautem Baumaterial, actio de tigno juncto III. 373, ſ. auch reivindicatio.

Vindicta, Rache I. 129 (28b); — Stab I. 113, 163 (u.); III. 506 (674).

Vindikationslegat, Formel III. 623 (861b): Erfordernis des Eigentums des Teſtators am Objekt desſelben IV. 78 (80); IV. 198.

Vindikationsprozeß IV. 102 (129*) causa expressa; contravindicatio IV. 96, 99 (122); IV. 106 (126).

Vindizien IV. 104 (129c); IV. 192 (240); II. 86 (84d).

Vir, virtus I. 115 (23).

Virginia, Prozeß über ſie IV. 97 (119).

Vis I. 115; — civilis, festucaria I. 163 (u.).

Vitioſität, ſtaatsrechtlicher Akt IV. 225.

Volk, militärische Gliederung I. 248; — Erwerb oder Gewährung des Eigentums durch dasselbe III. 573; — Ausübung der Polizei I. 211; der Justiz s. Lynchgesetz; — angebliche Omnipotenz II. 74.

Vormundschaft II. 267 (420); Verhältnis des Vormunds zum Mündel, im neuern R. ein gegenseitiges IV. 199; — cautio rem pupilli salvam fore IV. 253; — das substantielle Moment des Rechts bei Bevormundeten IV. 335 (441a).

Votum, Bedingung III. 402 (550); — Aufzeichnung III. 597 (809); — Ausbildung desselben durch das geistliche Recht I. 294 (100).

W.

Wahl der Beamten I. 230.

Wasser, Symbol der Reinh. I. 288(o.).

Wechsel, Valutaklausel, abstrakte Obligationen IV. 218.

Wegebaulast II. 117 (134) lex Julia municipalis.

Wehrverfassung als Staatsform I. 181 (u.), 247.

Wert, als Voraussetzung des Rechts IV. 340 (447); — Wertmaßstab der älteren Zeit III. 431; — s. aestimatio.

Wette, Klagbarkeit IV. 343 (452).

Widerklage oder Nachklage im alten Prozeß IV. 49.

Wille, ethische Aufgabe desselben im R. II. 128; — das subjektive Recht, Willensherrschaft II. 139; — einseitige Betonung des Willensmomentes für dasselbe IV. 329 (437); — Bedeutung desselben IV. 349; — Prinzip des subjektiven Willens als Urquell des römischen Privatrechts I. 107; — das objektive R. als Wille IV. 328.

Wirtschaftliches II. 74, 234; III. 431.

Wort, Erfordernis III. 577; — Haften am Wort III. 441; — Fortdauer des Wortes nach Untergang der Sache III. 514; — Wortfolge, Regeln III. 616.

Wortinterpretation s. Interpretation.

Wuchergesetze, Umgehung IV. 273 (369), 118 (153), 111 (133); II. 152.

Z.

Zahl, feste, technischer Wert III. 328 (o.); I. 54.

Zäsuren des Prozesses IV. 26.

Zauberspräche, Verbot III. 442 (609).

Zehnte I. 270 (166).

Zeit, Berechnung der Fristen II. 109 (u.); — Bedeutung des Moments der Zeit für die Geschichte I. 60, 69; — für die Vornahme der Rechtsgeschäfte III. 673; — Zeitersparnis als Motiv der Rechtsänderung IV. 131 (167a).

Zensor, Fälle seines Einschreitens II. 52 (34); — Tendenz, das Vermögen der Familie, d. h. dem Mannsstamm zu erhalten II. 148 (163); — Machtfülle seines Amtes II. 266.

Zensur, Zurückführung der sittenrichterlichen Gewalt derselben auf die Gens I. 192; — Bedeutung derselben, ein Ableiter für das Recht II. 51; — Entwicklung durch die Tatkraft ihrer Träger II. 288; — Zensusrollen, Öffentlichkeit II. 13; Zensusregister II. 150.

Zentralisation des Rechts III. 337; — Zentralisierende und partikularisierende Richtung des Rechts II. 121.

Zentumviralgericht I. 223 (115).

Zenturiatkomitien I. 251 (150).

Zersetzung s. Analyse.

Zession IV. 258; — Zessionszwang, Vorläufer der actio utilis IV. 280 (382).

Zeugen ſ. testis und superstites.
Zinſen II. 74, 153 (170); IV. 119; — Zinsverſprechen II. 152.
Zitieren des Geſetzes im Prozeß III. 633.
Zivilju ſtiz, Sicherung ihrer Unabhängigkeit II. 77.
Zivilprozeß, älterer, Öffentlichkeit II. 10; analytiſcher Mechanismus IV. 15.
Zwang, Folgen desſelben II. 304 (471).
Zweck, Stellung in der Formel III. 621.
Zweckmäßigkeitsidee, das Prisma römiſcher Anſchauung I. 322 (225).
Zweckmoment im Recht III. 364; IV. 237, 260.
Zwölftafelgeſetz II. 41, 62, 67; III. 633. Die einzelnen Sätze ſ. unter den Anfangsworten.

STANFORD UNIVERSITY LAW LIBRARY